

**Електронне видання**

**2015 - №1**

# **ПРАВО І ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО**

**науковий журнал**

Рекомендовано Вченою радою Київського національного університету імені Тараса Шевченка до поширення через мережу Інтернет

Рік заснування: 2012

Засновник: Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Видавець: юридичний факультет Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Тематика згідно з галуззю науки «12.00.00 – Юридичні науки» відповідно до чинного переліку галузей наук

ISSN: 2227-6238

УДК: 34+35

Періодичність: 4 рази на рік

Наказом Міністерства освіти і науки України від 10.10.2013 №1411 електронне періодичне видання "Право і громадянське суспільство" включено до Переліку наукових фахових видань України

Висвітлюються сучасні тенденції та актуальні питання розвитку науки конституційного, цивільного, господарського, земельного, кримінального, адміністративного, фінансового права, а також теорії держави і права. Здійснюється аналіз чинного законодавства.

Рекомендовано Вченою радою юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка до поширення через мережу Інтернет (Протокол №5 від 24.03.2014 р.)

Редакційна колегія

Головний редактор ГРИЦЕНКО Іван Сергійович д-р юрид. наук

Заступник головного редактора БЕРЗІН Павло Сергійович д-р юрид. наук, проф.

Заступник головного редактора МИРОШНИЧЕНКО Анатолій Миколайович д-р юрид. наук, проф.

Відповідальний секретар МОСКАЛЮК Олександр Володимирович канд. юрид. наук, доц.

АНДРУШКО Петро Петрович канд. юрид. наук, проф.

ЗАЙЧУК Олег Володимирович д-р юрид. наук, проф.

ІНШИН Микола Іванович д-р юрид. наук, проф.

КОПИЛЕНКО Олександр Любимович д-р юрид. наук, проф.

КОТЮК Іван Ілліч д-р юрид. наук, проф.

КРАСНОВА Марія Василівна д-р юрид. наук, проф.

МАЙДАНИК Роман Андрійович д-р юрид. наук, проф.

МАЛИШЕВ Борис Володимирович д-р. юрид. наук, доц.

ПОГОРЕЦЬКИЙ Микола Анатолійович д-р юрид. наук, проф.

ПОГРЕБНЯК Станіслав Петрович д-р юрид. наук, доц.

ПРИШВА Надія Юріївна д-р юрид. наук, проф.

ФУРСА Світлана Ярославівна д-р юрид. наук, проф.

ЩЕРБИНА Валентин Степанович д-р юрид. наук, проф.

СУМСКОЙ Дмитро Олександрович (РФ) д-р юрид. наук, проф.

ВИННИЧЕНКО Олег Юрійович (РФ) д-р юрид. наук, проф.

КЕЛЛІ Крістофер (США) д-р юрид. наук, проф.

ПОЛЛІНЗ Марк (США)

Комп'ютерна верстка ЗАЛІЗНЯК Павло Мар'янович

Мінімальні системні вимоги: операційна система MS Windows 98/2000/XP/2003, браузер MS Internet Explorer версії 5 та вище, Adobe Acrobat (Adobe Reader).

Адреса редколегії журналу

01601, Київ, вул. Володимирська, 64, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, юридичний факультет, редакція наукового журналу «ПРАВО І ГРОМАДЯНСЬКЕ СУСПІЛЬСТВО», тел. (044) 235-4327

E-mail: lawandcivilsociety@gmail.com, <http://lcslaw.knu.ua/>

**Редакція залишає за собою право редагувати матеріали. Опубліковані статті відображають думку авторів і можуть не збігатися з позицією редакції. При використанні матеріалів посилання на видання є обов'язковим.**



# **ЗМІСТ**

## **ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА**

ІСЛАМСЬКА ПРАВОВА СИСТЕМА ПІД ВПЛИВОМ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ - Лук'янов Д.В. - 4

НЕДЕРЖАВНЕ ПРАВО: ЗАПРОШЕННЯ ДО ДИСКУСІЇ - Уварова О.О. - 14

ЕВОЛЮЦІЯ ПРЕЗИДЕНТСЬКОЇ ВЛАДИ В США - Левчук М.В. - 33

ЦІННИСНО-ПРАВОВА АРГУМЕНТАЦІЯ В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ: ДЕЯКІ МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ АНАЛІЗУ - Слабак М.М. - 44

## **ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО**

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ЗМІНА ПРАВОВІДНОШЕННЯ», «ПРИПИНЕННЯ ПРАВОВІДНОШЕННЯ», «ЗМІНА ПРАВА» ТА «ПРИПИНЕННЯ ПРАВА» У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ - Ромашенко Р.О. - 62

## **КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО**

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ЗАБОРОНА ЩОДО ДОВЕДЕННЯ БАНКУ ДО НЕПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ: СУМНІВНА ЗАКОНОДАВЧА НОВЕЛА - Дудоров О.О., Мовчан Р.О. - 71

ФАКТИЧНІ ПОМИЛКИ СПІВУЧАСНИКА ЩОДО ОБСТАВИН ВЧИНЮВАНОГО ЗЛОЧИНУ ТА СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ ЩОДО ОБСТАВИН, ЯКІ КОРЕСПОНДУЮТЬ З ОЗНАКАМИ СПІВУЧАСТІ: ВПЛИВ НА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВУ КВАЛІФІКАЦІЮ - Айдинян А.В., Задоя К.П. - 116

## **ЕКОЛОГІЧНЕ І ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО**

ПРОЦЕДУРА ОЦІНКИ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ У ПРОЕКТІ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ОЦІНКУ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ» - Третяк Т.О. - 141

СВОБОДА РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ ЗЕМЛІ: АНАЛІЗ ЗАКОНОДАВСТВА ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ - Шевченко В.В. - 199

## **МЕДИЧНЕ ПРАВО**

RESTRICTIONS ON HUMAN RIGHTS IN THE AREA OF PUBLIC HEALTH LAW: LEGAL ISSUES IN VACCINATION PRACTICES IN UKRAINE AND THE U.S. - Malyshevskiy S. - 208

## **МІЖНАРОДНЕ ПРАВО**

ДЕЯКІ ОСНОВИ ПОНЯТТЯ «ГІБРИДНА ВІЙНА» В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ - Власюк В.В., Карман Я.В. - 226

## **РЕЦЕНЗІЇ**

Рецензія на монографію Лотюк О.С. «КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ РОЗВИТКУ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА В УКРАЇНІ» - 235

Рецензія на монографію Васильченко О.П. «ПРИНЦИП РІВНОСТІ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА ТА ЙОГО ЦІННИСНІ ВИМІРИ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ» - 241

# ІСЛАМСЬКА ПРАВОВА СИСТЕМА ПІД ВПЛИВОМ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ

Лук'янов Дмитро Васильович

*кандидат юридичних наук,*

*доцент кафедри теорії держави і права*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*



Порівняльне правознавство сьогодні здобуває статус «науки майбутнього» як засіб розуміння «різного права» і «різних культур» в світі, що глобалізується<sup>1</sup>. Глобалізація і гармонізація – це ті модні слова юриспруденції, економіки і політики, які сьогодні перебувають в центрі уваги. Сьогодні в більшості країн світу глобалізація розглядається як система приватних взаємозв'язків, взаємодії, в світлі якої демократична політична система є кращою за інші системи. Так само, скажімо, економіка, побудована за принципом «вільного ринку», є кращою за системи, засновані на «командній економіці». Загальною закономірністю, яка позначає процес глобалізації, є подолання більш автономних політичних, економічних, соціальних і релігійних общин. Вони стають елементом єдиного загального простору, який має певні універсальні правила взаємодії<sup>2</sup>. В цьому контексті постає питання про вплив глобалізації на релігійні правові системи.

Сьогодні очевидним є той факт, що всі релігійні правові режими, як би їх не було організовано, перебувають під тиском необхідності відповідати технічному, економічному і соціальному розвитку. Це в свою чергу вимагає політичних і правових трансформацій, які, як правило, супроводжуються демократизацією. Відповідно до загальної ідеї модернізації, практично всі релігійні, в першу чергу йдеться про мусульманські, країни впровадили правові і політичні системи за західним зразком і, як це видно з їх конституцій, визнали принцип народного суверенітету, а не принцип суверенітету Бога. Тим не менше, переважна більшість із цих країн продовжує підтримувати позиції релігії в державі, хоча тільки деякі із них повністю імплементують релігійне право. Крім того, більшість релігійних країн впроваджує розподіл повноважень або принцип поділу влади, а також визнає права громадян, так само як це

<sup>1</sup> Özücü E. The Enigma of Comparative Law Variations on a Theme for the Twenty-first Century / Esin Özücü // Springer-Science+Business Media, B.Y., 2004. – P. 1.

<sup>2</sup> Harmonizing Law in an Era of Globalization Convergence, Divergence, and Resistance / edited by Larry Catá Backer. – Carolina Academic Press, 2007. – P. 33.

передбачено в демократичних системах, хоча при цьому присутня відмінна від західної термінологія. Крім того, якщо говорити про дослідників ісламської правової думки, то вони констатують певні зміни в її основних положеннях, які дозволяють стверджувати, що відбувається рух назустріч західному розумінню прав людини і цінності демократії. Зокрема, відзначається, що дискусія про демократію і права людини закріпилася в ісламському дискурсі в кінці ХХ століття. І якщо ще на початку 90-х років ісламісти наполягали на відсутності необхідності в «західній демократії», а під правами людини розуміли права, даровані Богом, то наприкінці 90-х можна вже було констатувати зміну їх розуміння прав людини і демократії. Їх пов'язують, у першу чергу, із процесами глобалізації, проникненням західних ідей в усі куточки світу, а також із тим, що сила демократії і прав людини походить від сили міжнародної спільноти.

Вказані вище тенденції зумовлюють актуальність звернення до питання про можливість *сприйняття суспільствами із релігійними правовими системами під впливом глобалізації них процесів цінностей, які західні суспільства визнають універсально-цивілізаційними*, – принципи свободи і демократії, а також визнання прав людини, фундаментальних свобод і верховенства права. Як визнають представники ісламської правової думки, «іслам матиме шанс у ХХІ столітті тільки за умови подолання культурних розбіжностей шляхом інтеграції». З іншого боку, існує потреба визнання з боку європейської правової думки існування значного плюралізму в межах самого ісламу, який завжди характеризувався жвавим обміном із оточуючим середовищем. В сучасних умовах найбільш перспективним слід визнати підхід у встановленні взаємодії і взаєморозуміння при збереженні відмінностей, тобто при збереженні різноманіття і національно-культурної ідентичності.

На сьогодні щодо розглядуваної проблеми відсутня єдність поглядів, і це великою мірою зумовлено тим, що, за висловом У. Твайнінга, загальнотеоретична юридична наука залишається «національно обмеженою», «зачиненою в своїх наукових інтересах, вищою мірою необізнаною щодо інших, крім своєї власної, правових традицій, а також етноцентричною в своїх тенденціях»<sup>1</sup>. Особливо яскраво вказана тенденція відчутна на прикладі розгляду саме проблематики прав людини: концепція прав людини у вітчизняній юридичній науці, як і в європейській в цілому, розглядається суто як здобуток західної цивілізації, що представлена здебільшого секулярними правовими школами. Це зумовлює потребу звернення до питання місця прав

<sup>1</sup> Твайнинг У. Общая теория права / У. Твайнинг // Российский ежегодник теории права. – 2010. – № 3 / Под ред. д-ра юрид. наук А. В. Полякова. – СПб.: Издательский дом СПбГУ, 2011. – С. 233.

людини в релігійних правових системах, що є необхідним кроком у формуванні універсальної теорії прав людини.

Саме тому завданням цієї статті є проаналізувати уявлення про права людини в релігійних правових системах, визначити культурно-правові закономірності їх функціонування у контексті питання про універсальність концепції прав людини як елементу глобалізації. Адже «місце прав і свобод людини в правовій системі, поняття суб'єктивного права у його співвідношенні з правом об'єктивним – все це належить до тих критеріїв, які визначають самостійність будь-якої правової культури й надають їй особливу специфіку»<sup>1</sup>.

**Виклад основного матеріалу.** Сьогодні окремі вчені вказують на можливість виокремлення двох підходів до розкриття природи прав людини і їх місця в правових системах сучасності:

1) підхід правових шкіл секулярних держав і суспільств (римська, німецька та ін.), або «західної юридичної системи»;

2) підхід релігійних монотеїстичних правових шкіл (іудаїзм, християнство та іслам), які виходять із того, що права людини покликані захищати як матеріальні потреби, так і моральні і духовні потреби людини<sup>2</sup>.

При цьому різниця в уявленнях про права і обов'язки людини великою мірою зумовлена різницею у поглядах на саму сутність людської особистості. На підставі цього в юридичній літературі небезпідставно пропонується розглядати ідею про права людини в межах англосаксонської і романо-германської правових систем, об'єднуючи їх в одну умовну «західну» правову сім'ю, з одного боку, і з точки зору релігійних правових систем, з іншого. Адже існує думка, яку зокрема відстоюють комунітаристи, що «універсальні права людини» насправді є вираженням лише західних цінностей, які не повинні нав'язуватись іншим суспільствам<sup>3</sup>. Її прихильники наполягають на тому, що права людини «культурно специфічні (релятивні)». Права виникають у певному соціальному, економічному й культурному контексті. Ті умови, які сприяли інституціоналізації прав людини на Заході, не існують в інших суспільствах. Наприклад, у присвяченій проблемі прав людини китайській «Білій книзі» 1991 р. стверджувалось, що «завдяки величезним відмінностям в історичному минулому, соціальних системах, культурній традиції та економічному розвитку, країни розрізняються за своїм розумінням і практикою прав людини». У

<sup>1</sup> Сюкияйнен Л. Р. Ислам и права человека в диалоге культур и религий / Л. Р. Сюкияйнен. – М. : Садра, 2014. – С. 111.

<sup>2</sup> Сабери А. Ислам и права человека / А. Сабери // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Международные отношения. – 2008. – № 3. – С. 25.

<sup>3</sup> Macintyre A. After Virtue / A. Macintyre. – Notre-Dame : University of Notre Dame Press; 3rd edition, 2007. – P. 22.

Бангкокській урядовій декларації, схваленій у 1993 р. на азіатській підготовчій нараді до Віденської всесвітньої конференції з прав людини, було заявлено, що «права людини повинні розглядатись у контексті динамічного і розвиваючого процесу міжнародного законодавства, враховуючи важливість національних і регіональних особливостей та різних історичних, культурних і релігійних традицій»<sup>1</sup>.

Більше того, незважаючи на те, що і англосаксонська та романо-германська традиції права виступили першоджерелом виникнення та становлення концепції прав людини, здійснили визначальний вплив на розвиток уявлень про права і свободи особистості, практика закріплення у внутрішньодержавних актах норм про права особистості та їх реалізація в сучасному західному світі не є однозначною в різних національних правових системах. Для багатьох країн Заходу характерним є те, що такі права людини, як соціально-економічні, є слабо сформульованими та відображеними в нормах національного законодавства.

У свою чергу характерною особливістю релігійних правових систем є пріоритет не прав і свобод, а обов'язків членів суспільства. Найвищою цінністю вважається не благо окремого індивідуума, як це постає в західному варіанті, а суспільне благо, у зв'язку з чим постулюється, що окрема людина в ім'я загального блага має відмовитися від своїх особистих інтересів, що в кінцевому результаті принесе благо і окремо взятій людині.

Деякі автори стверджують, що аргумент, відповідно до якого «права людини не є відкриттям Заходу» («в усіх суспільствах існує поняття прав людини», «всі суспільства під час культурного й історичного розвитку обґрунтовували концепцію прав людини»<sup>2</sup>), став загальною характеристикою під час сучасних дискусій з проблем прав людини з незахідними вихідними положеннями. Проте, їх опоненти наполягають на тому, що у таких випадках відбувається змішування поняття прав людини і людської гідності, які багато авторів представляють як рівнозначні концепції<sup>3</sup>.

Протягом історії в основі практично всіх релігійних вчень лежали гарантії задоволення матеріальних і духовних потреб людини. З одного боку, приймається до уваги духовна сутність людини, яка проявляється у здатності

---

<sup>1</sup> Моїсеев С. Сучасна теорія прав людини: ліберальні та комунітаристські підходи / С. Моїсеев // Філософія права і загальна теорія права. Науковий журнал. – 2013. – № 1. – С. 119.

<sup>2</sup> АбдуЛлах ибн Абд аль-Мухсин ат-Турки. Ислам и права человека / Пер. В. Нирша. – Електронний ресурс [Режим доступу] : <http://constitutions.ru/archives/4036>.

<sup>3</sup> Малевич Ю. Незападная концепция прав человека / Ю. Малевич // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 1998. – № 5. – С. 27.

мислити, міркувати, розвиватися, навчатися, духовно зростати. Це є причиною еволюції, вдосконалення і розвитку соціальної, політичної та економічної сфер суспільства. З іншого боку, релігійні системи враховують матеріальну, практичну, сторону людського буття, яка полягає в плотських потребах, прагненні до добробуту, комфорту, в бажанні отримувати найбільшу вигоду з будь-яких доступних джерел та природних ресурсів. Якщо не взяти до уваги природні матеріальні потреби людини і не створити можливості для їх задоволення, то людина в цьому світі зіткнеться з труднощами, проблемами і муками, які зроблять її нещасною і знедоленою. Якщо не взяти до уваги духовні потреби людини і не врахувати релігійну складову в організації політичних, економічних і культурних відносин – це стане подвійним злом та вчиненням великої несправедливості щодо людського індивіду<sup>1</sup>.

У релігійних текстах чимало твердих підстав для гуманізму та ствердження свободи. Можна навіть говорити про те, що до початку модернізації, в часи традиційної культури, релігія стала джерелом прав людини і гарантом їх реалізації. Крім того, відзначається, що під впливом глобалізаційних процесів у країнах релігійної правової культури інтерес до проблем прав людини значно зріс. Незважаючи на протилежні точки зору щодо сумісності універсальних стандартів з прав людини та регіонально-цивілізаційних концепцій прав людини, правовий статус особистості в цих країнах наповнюється реальним змістом. Багато країн ратифікували основні міжнародні документи в галузі прав людини і продовжують імплементувати норми цих договорів у свої законодавства.

В цілому слід визнати, якщо західна теорія права відшукує корені права в природі людини і вважає природні права людини джерелом позитивного права, то принциповою рисою релігійних правових систем є обґрунтування прав і свобод людини через звернення до «божественного закону». На відміну від західної ліберальної концепції, яка вбачає основний смисл закріплення прав людини в їх захисті від посягань з боку держави, релігійні системи розглядають владу як інститут, зв'язаний божественним законом і такий, що відіграє головну роль у втіленні його приписів, у тому числі й відносно прав і свобод людини.

Найбільш проблемними з позиції західних уявлень про права і свободи особистості є такі права і свободи як свобода слова, совісті, віросповідання, рівність статей, що традиційно визнаються фундаментальними правами, уявлення про яке розвивалися в межах ідеології прав людини і, відповідно,

---

<sup>1</sup> Сабери А. Ислам и права человека / А. Сабери // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Международные отношения. – 2008. – № 3. – С. 26.



лежать в основі «міжнародного права прав людини». Слід відзначити, що саме релігійна свобода стала родоначальницею усіх «природних прав»<sup>1</sup>.

Відданість свободі і проголошення її вищою людською цінністю характерно для всіх вірувань без винятку. Ідеї релігійної толерантності поступово еволюціонували до заклику визнати повноцінну релігійну свободу. XX століття ознаменувалося утвердженням цієї свободи в основоположних міжнародних універсальних і регіональних актах і в переважній більшості конституцій держав світу. Проте формальне закріплення свободи совісті в міжнародно-правових та внутрішньодержавних правових актах ще не означає, що це право людини повноцінно реалізується на практиці<sup>2</sup>.

Йдеться, зокрема, про те, що всі члени Організації Об'єднаних Націй зобов'язалася дотримуватися її Статуту, який у статті 1, зокрема закликає до ліквідації дискримінації в тому числі дискримінації релігійної. Крім того, світове співтовариство на рівні формального консенсусу визнало неподільність прав людини – громадянських, політичних, економічних, соціальних і культурних. Перед державами поставлено завдання поглиблення глобального консенсусу щодо цінності прав людини, розвитку і демократії в цілому. Іншими словами, ліквідація нетерпимості та дискримінації, що базуються на релігійних або ідеологічних протиріччях не може бути відділена від загального завдання щодо реалізації прав людини, що стоїть перед світом.

Юридичний зміст поняття свободи совісті складається з таких компонентів:

1. Право на визначення свого ставлення до питань свободи совісті, а саме: право мати, вибирати і змінювати, сповідувати або не сповідувати релігійні або інші переконання, в тому числі право на позацерковну релігійність, право на релігійний або науково-матеріалістичний чи інший світогляд, індиферентне ставлення до релігії та вільнодумства.

2. Право діяти відповідно до своїх переконань, що включає можливість поширювати, проповідувати будь-яке віровчення, систему поглядів, переконань, пропагувати їх, а також вільно відправляти культи, здійснювати релігійні обряди індивідуально або спільно з іншими. Забезпечуються вказані права, допоки не порушують громадського порядку і безпеки, морального здоров'я

---

<sup>1</sup> Котляревский С. А. Конституционное государство. Опыт политико-морфологического обзора / С. А. Котляревский // Конституционное государство. Юридические предпосылки русских основных законов. – М., 2004. – С. 69.

<sup>2</sup> Буткевич В.Г. Предисловие / В. Г. Буткевич // Султанов А. Р. Защита свободы совести, распространения убеждений через призму постановлений Европейского Суда по правам человека. – М.: Статут, 2013. – С. 212.

громадян, які не ображають почуттів громадян у зв'язку з їх ставленням до релігії.

3. Право на таємницю своїх релігійних або інших переконань.

4. Право на нейтральне ставлення з боку держави до законних форм прояву свободи совісті. Цей елемент свободи совісті проявляється, зокрема, в забороні посадовим особам державної влади, державним органам, органам місцевого самоврядування використовувати своє службове становище для формування того чи іншого ставлення до релігії, забороні супроводжувати діяльність органів влади публічними релігійними обрядами та церемоніями.

Проте міжнародне право прав людини не враховує культурне багатоманіття та національну самобутність незахідних суспільств<sup>1</sup>. У державах релігійних правових систем ідеї і уявлення про права особистості найчастіше закріплюються формально, або взагалі не знаходять відображення у внутрішніх нормативних актах. Ігнорування традиційних, національних і релігійних складових тут неприпустимі.

Слід зазначити, що проблематика свободи совісті залишається найгострішим питанням в системах релігійного права: «універсальність претензії на свободу релігії та переконань не викликає сумнівів, навіть якщо вказана свобода не знаходить втілення на практиці»<sup>2</sup>. Так, зокрема, іудаїзм в єврейському суспільстві визнається єдино вірною релігією, а євреї – обраним народом, трепетне ставлення до збереження єврейської національності, спільності, релігії та традицій деколи йде в розріз з правами і свободами особистості у сфері релігії.

Ісламська концепція прав людини також має суттєві відмінності від загальноприйнятих традиційних західних уявлень про права людини. У мусульманському праві не існує окремої юридичної науки, а право є лише однією зі сторін релігії ісламу. Релігійний вплив в мусульманських державах є дуже відчутним і на сучасному етапі. У багатьох основних законах є прямі вказівки на те, що іслам є основоположним джерелом права і правові норми не можуть йти в розріз з релігією, суперечити їй. Цей принцип мусульманської правової системи є основним.

---

<sup>1</sup> Максименко В. А. Права человека в различных правовых системах: основные особенности и проблема универсальности. Дис. канд.юрид.наук., специальность 12.00.01 – теория и история права и государства, история учений о праве и государстве / В. А. Максименко. – М.: Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова, 2005. – С. 13.

<sup>2</sup> Freedom of Religion and Belief. A World Report Edited by Kevin Boyle And Juliet Sheen. London and New York Routledge, 1997. – P. 111.

Саме тому окрема увага у спеціальних юридичних дослідженнях приділяється питанню щодо співвідношення міжнародних стандартів прав людини і релігійною правовою традицією. Так, якщо норми, які вступають у конфлікт із сучасною концепцією прав людини, постулюються в першоджерелах ісламського права (Коран і Сунна), то зближення міжнародних стандартів та ісламських постулатів в галузі прав людини найближчим часом мало ймовірно. Якщо ж ці норми продиктовані другорядними джерелами ісламського права або з'явилися в результаті діяльності ісламських правових шкіл (доктрини ісламського права), то такий компроміс цілком можливий. Поєднання міжнародних стандартів прав людини з ісламською правовою культурою залежить саме від того, де і в якій ланці знаходяться ті чи інші норми й цінності ісламського права, які вступають у конфлікт із сучасною концепцією прав людини. Багато вчених (Л.Р. Сюкияйнен, Аль-Алі Насер Абдел Рахім тощо) у цьому контексті виділяють два основних і тісно пов'язаних між собою напрямки – ортодоксально-ісламський і реформістський. Представники ортодоксального напрямку виходять із принципової розбіжності універсальних норм прав людини і ісламської концепції прав людини (С. Табандех). Основоположна теза ортодоксального підходу до проблеми прав людини виходить із божественної природи прав і свобод людини і ґрунтується на законах шаріату і мусульманської віри. На відміну від ортодоксального напрямку, представники реформістського напрямку допускають поєднання ісламської форми з універсальними нормами прав людини (Абдуллах Ахмед Ан-наим)<sup>1</sup>.

**Висновки.** Сучасний ісламський погляд на права людини за низкою напрямів перегукується з міжнародними стандартами. І надалі є можливим ще більше зближення між ними<sup>2</sup>. Одночасно із цим якщо звернутися до наукових розвідок з питань стану дотримання права на свободу віросповідання в країнах Європи, то можна також побачити, що вказана проблема не оминула держави, що сповідують західну концепцію прав людини. Так, зокрема, відзначається, що в «європейській юриспруденції з прав людини» надзвичайно гостро стоїть питання про взаємозв'язок і співвідношення між релігійним плюралізмом і «національно-мажоритарною моделлю соціальної згуртованості». Німецька, французька і британська інтерпретації так званої «соціальної згуртованості

<sup>1</sup> Сафаров Д. С. Права человека и глобализация в контексте исламской правовой культуры: история и современность / Д. С. Сафаров // Специальность 12.00.01 – Теория и история права и государства: история учений о праве и государстве. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – Душанбе, 2012. – С. 9.

<sup>2</sup> Сюкияйнен Л. Р. Ислам и права человека в диалоге культур и религий / Л. Р. Сюкияйнен. – М. : Садра, 2014. – С. 70.

обмеження свободи релігії» доводять, що на національному рівні проблеми підживлюються відношенням населення до релігійного різноманіття, яке варіюється від байдужості до нетерпимості, що ставить під питання нормативність принципу релігійного плюралізму в демократичному суспільстві. Не менш вразливим він виявляється і в практиці Європейського суду з прав людини. Аналіз показує, що різноманітність «національно-мажоритарних» підходів в Європі перешкоджає Суду в забезпеченні ефективного транснаціонального захисту релігійного плюралізму. Фактично на сьогодні йдеться про вироблення компромісу між визнанням релігійного плюралізму і прагненням до збереження певної національної ідентичності, у тому числі з точки зору сповідуваної населенням релігії<sup>1</sup>.

Викладене вище свідчить на користь того, що цивілізаційні розбіжності мають сприйматися не як заперечення універсальності прав людини, а як збагачення практики їх реалізації.

*В статті розглянуто питання щодо можливості сприйняття ісламською правовою системою під впливом глобалізації цих процесів цінностей, які традиційно вважаються країнами західної правової культури універсально-цивілізаційними. Аналізуються основні ідеї ісламської правової думки, а також тенденції її розвитку на шляху визнання ідей демократії і прав людини. Констатується перспективність підходу у встановленні взаємодії і взаєморозуміння при збереженні відмінностей, тобто при збереженні різноманіття і національно-культурної ідентичності.*

**Ключові слова:** глобалізація, ісламська правова система, універсально-цивілізаційні цінності, західна правова культура, конституціоналізм.

*В статье рассмотрен вопрос о возможности восприятия исламской правовой системой под влиянием глобализационных процессов ценностей, которые традиционно странами западной правовой культуры считаются универсально-цивилизационными. Анализируются основные идеи исламской правовой мысли, а также тенденции ее развития на пути признания идей демократии и прав человека. Констатируется перспективность подхода в установлении взаимодействия и взаимопонимания при сохранении различий и национально-культурной идентичности.*

---

<sup>1</sup> Augenstein D. Normative fault-lines of trans-national human rights jurisprudence: National pride and religious prejudice in the European legal space / D. Augenstein // Global Constitutionalism. – 2013. – Volume 2. – Issue 03. – P. 470.



**Ключевые слова:** глобализация, исламская правовая система, универсально-цивилизационные ценности, западная правовая культура, конституционализм.

*The question of the possibility of the perception of the values which are traditionally for the Western legal culture countries by the Islamic legal system is considered in the article. Author analyzes the basic concept of Islamic legal thought and its development trends in the recognition of democracy and human rights. It is stated a promising approach to establish communication and understanding while preserving differences and national and cultural identity.*

**Keywords:** globalization, Islamic legal system, universal civilization values, the Western legal culture, constitutionalism.

# НЕДЕРЖАВНЕ ПРАВО: ЗАПРОШЕННЯ ДО ДИСКУСІЇ

Уварова Олена Олександрівна

кандидат юридичних наук

асистент кафедри теорії держави і права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого



В західній літературі в останні роки число згадок і різноманітних посилок на «недержавне право» («non-state law») відчутно зросло<sup>1</sup>. Втім, незважаючи на досить високу популярність й доволі широкий спектр публікацій з цієї проблематики, на сьогодні говорити про певну більш-менш узгоджену концепцію було б великим перебільшенням. Запропонувати таку концепцію не є завданням і цієї статті. Мета є іншою – здійснити огляд існуючих точок зору й сприяти залученню української наукової спільноти до дискурсу, що в останні роки все більш активно розгортається на сторінках європейських і американських видань. Втім, безумовно, навіть простий огляд не може не видати того, на чиєму боці симпатії автора цієї статті.

Вітчизняна юридична наука має стійку традицію розглядати державу як ексклюзивного нормотворця (*law-maker*): правовими визнаються лише ті норми, які, якщо не створені державою, то принаймні нею санкціоновані. Більше того, навчальні курси з теорії права здебільшого починаються з поняття держави, і лише потім за її спиною з'являється право, однак так і не може вийти із тіні, що держава на нього постійно відкидає.

Але практика доводить: *правове* регулювання – це не тільки *державне* регулювання. Є багато *недержавних* акторів, які створюють і забезпечують дію відповідних правил поведінки. Це громадські організації, політичні партії, торгові об'єднання, релігійні організації, бізнес-асоціації, інтернет-провайдери тощо<sup>2</sup>. Отже, прибічники концепції недержавного правового регулювання вказують на зіткнення різних нормативних спільнот в сучасному світі, в результаті чого соціальна система зазнає як державного, так і недержавного впливу, але жоден із них не є *монопольним*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Серед найбільш цікавих робіт: Berman P. S. Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders / Paul Schiff Berman. – Cambridge University Press, 2012. – 358 p.; Senn M. Non-State Regulatory Regimes. Understanding Institutional Transformation / Myriam Senn. – Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011. – 318 p.

<sup>2</sup> Hirsch D. D. The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation? / Dennis D. Hirsch // Seattle University Law Review. – 2011. – Vol. 34. – P. 439.

<sup>3</sup> Berman P. S. Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders / Paul Schiff Berman. – Cambridge University Press, 2012. – P. 25.

На думку у цьому зв'язку спадає паралель, наведена Полом Берманом, одним з найбільш ґрунтовних розробників сучасної концепції недержавного права. Він зауважує, що ситуація із дослідженням недержавного права в юридичній науці сьогодні дуже нагадує сюжет одного старого анекдоту. Поліцейський бачить, як п'яний чоловік шукає ключі біля вуличного ліхтаря. На запитання полісмена, чи впевнений він, що загубив ключі саме під ліхтарем, чоловік відповідає, що точно не тут, ключі він загубив десь вулицею, але шукає їх тут, бо тут найкраще освітлення. Так і ми: продовжуємо шукати відповіді на виклики сучасності в добре освітленій концепції державного права.

Напевно, найбільше критики на свою адресу теорія права отримала від Вільяма Твайнінга. Він говорить про необхідність перегляду цілої низки усталених поглядів, на яких базується академічна школа права. Серед них – тези про те, що:

- (а) право складається з двох принципових видів порядків – національне державне право і публічне міжнародне право, предмет регулювання якого – знову ж відносини між державами;
- (b) національні держави, суспільства і правові системи є переважно закритими, й розглядаються в ізоляції;
- (с) сучасне право є секуляризованим, незалежним від свого історично-культурного коріння у вигляді іудейсько-християнської традиції;
- (d) сучасне державне право є перш за все раціонально-бюрократичним та інструментальним, функціональним, таким, що слугує досягненню певних соціальних цілей;
- (е) право найкраще розуміти як ієрархію правил;
- (f) основний предмет уваги юридичної науки – ідеї і норми, а не емпіричне вивчення соціальних фактів;
- (g) сучасне державне право за своїм походженням є практично повністю європейським / англо-американським, поширеним всюди в світі завдяки колоніалізму, імперіалізму, торгівлі, постколоніальному впливу;
- (h) вивчення незахідних правових традицій є маргіналізованою і неважливою частиною західної академічної традиції;
- (і) фундаментальні цінності, які лежать в основі сучасного права, є універсальними, хоча їх філософське обґрунтування є різним<sup>1</sup>.

Отже, сьогодні існує нагальна потреба переглянути, принаймні піддати сумніву усталені в юридичній науці уявлення про право. Один із шансів

---

<sup>1</sup> Twining W. Globalisation and legal scholarship / W. Twining // Montesquieu Lecture, 2011. – P. 7.

зробити це – поглянути на право крізь призму концепції недержавного правового регулювання, яке, в свою чергу, завжди розглядається в контексті таких понять як *саморегуляція, юридичний плюралізм і глобалізація*, особливо в світлі «необхідності балансування універсальних індивідуальних прав і визнання культурних розбіжностей»<sup>1</sup>. Іноді до цього переліку потрапляє також поняття космополітизму для позначення того, що всі ми належимо одночасно до багатьох спільнот – як локальних, так і глобальних, територіальних і епістемічних<sup>2</sup>.

Незважаючи на те, що сам термін «недержавне право» у вітчизняній (і власне, в цілому в пострадянській) юридичній науці не використовується, вже зараз можна передбачити, яким міг би бути розподіл думок. Одні доводили б, що «так зване» недержавне право не є правом взагалі. Адже традиція пов'язувати право із державою є настільки сильною, що автори, які звертаються до проблематики недержавного права, готові до того, щоб назвати таке право нонсенсом<sup>3</sup>. На їх думку, такий погляд на право може свідчити лише про «манію величі юриспруденції»<sup>4</sup>.

Інші вказували б на надто вузьке розуміння права. Вони переконували б, що недержавне право є однаково важливим, як і державне право. На їх думку, тільки ті юристи, які є рівною мірою обізнаними і в першому, і в другому, є «справжніми правниками»<sup>5</sup>. Тих, хто займає іншу позицію, вони звинувачують в підтримці «ідеології юридичного централізму». Аби переспорити своїх опонентів вони б могли також провести паралель, скажімо, із медициною: в суспільстві бік-о-бік із офіційною, професійною, фармохімічною, алопатичною медициною існують інші форми медицини – традиційна, гербальна, східна тощо. Чому наше уявлення про медицину має бути обмежене тільки першим, професійним, її різновидом?<sup>6</sup>

Власне, наші західні колеги вже проходили через схожі дебати. Сьогодні вони згадують ті часи як «роки, сповнені багатьма емоційно наповненими

---

<sup>1</sup> Mills A. The confluence of public and private international law / Alex Mills // *Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*. – Cambridge University Press, 2009. – P. 2.

<sup>2</sup> Berman P. S. *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders* / Paul Schiff Berman. – Cambridge University Press, 2012. – P. 11-12.

<sup>3</sup> Hertogh M. What is Non-State Law? Mapping the Other Hemisphere of the Legal World / Marc Hertogh. – P. 2.

<sup>4</sup> Allen C. K. *Law in the Making* / C. K. Allen. – Oxford : Oxford University Press, 1964. – P. 32.

<sup>5</sup> Allott A. *People's Law and State Law: The Bellagio Papers* / A. Allott, G. Woodman. – Dordrecht : Foris Publications, 1985. – P. 11.

<sup>6</sup> Santos B. S. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition* / Boaventura de Sousa Santos. – Routledge, 2002. – P. 91.



дебатами»<sup>1</sup>, перебуванням в центрі «ідеологічної битви»<sup>2</sup>, яку іноді навіть називають «війною вірувань»<sup>3</sup>.

### **Недержавне право і юридичний плюралізм: зв'язок концепцій**

Юридичний плюралізм в останні 10 років в західній юридичній науці став однією з центральних тем, «новою парадигмою»<sup>4</sup>, як для теорії права, так і порівняльного правознавства, міжнародного публічного права тощо<sup>5</sup>.

Прибічники концепції недержавного права виклад своїх поглядів дуже часто починають із того, що «сьогодні ми живемо в світі *юридичного плюралізму*, ... де одна дія або один суб'єкт може ставати предметом потенційного регулювання різноманітних юридичних або квазіюридичних порядків – державного, субдержавного, транснаціонального, наднаціонального або недержавного»<sup>6</sup>. Недержавне право (або як його ще називають, «приватно вироблене» чи неофіційне право) за такого підходу представляє собою набір норм і принципів, сформованих і підтримуваних в своїй реалізації *недержавними акторами*<sup>7</sup>.

Тобто головна ідея полягає в тому, що правові норми створюються й забезпечуються в своїй реалізації не тільки державою, але й недержавними акторами<sup>8</sup>, більше того, такі норми не стають частиною державної правової системи (оскільки тоді все рівно фактично маємо державне право, просто у формі санкціонування державою правил, які створені недержавними

<sup>1</sup> Von Benda-Beckmann F. Who's Afraid of Legal Pluralism? / F. Von Benda-Beckmann // Journal of Legal Pluralism. – 2002. – Nr. 47. – P. 38.

<sup>2</sup> Woodman G. Ideological Combat and Social Observation: Recent Debates about Legal Pluralism / G. Woodman // Journal of Legal Pluralism. – 1998. – Nr. 42. – P. 22.

<sup>3</sup> Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society / G. Teubner // in G. Teubner (ed), Global Law Without a State, Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997. – P. 8.

<sup>4</sup> Twining W. Normative and legal pluralism: a global perspective / W. Twining // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2010. – Vol. 20. – P. 488.

<sup>5</sup> Ellickson R. C. Order without law: how neighbors settle disputes / Robert C. Ellickson. – Harvard University Press, 1991. – P. 43.

<sup>6</sup> Berman P. S. Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders / Paul Schiff Berman. – Cambridge University Press, 2012. – P. 3.

<sup>7</sup> Zheng Sophia Tang. Non-state law in party autonomy – a European perspective / Sophia Tang Zheng // Int. J. Private Law. – 2012. – Vol. 5. – No. 1. – P. 22-39; Berman P. S. Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders / Paul Schiff Berman. – Cambridge University Press, 2012. – P. 12; Sally Falk Moore. Legal Systems of the World: An Introductory Guide to Classifications, Typological Interpretations, and Bibliographical Resources / in Law and the Social Sciences. – 1986. – Nr. 11. – P. 15; Boaventura de Sousa Santos. Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation (William Twining & Christopher McCrudden eds., 2d ed., 2002); Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality (Boaventura de Sousa Santos & César A. Rodríguez-Garavito eds., 2005); Gunther Teubner. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society // Global Law Without a State. – 1997. – P. 3-28.

<sup>8</sup> Griffiths A. Legal Pluralism / A. Griffiths // in R. Banakar and M. Travers (eds), An Introduction to Law and Social Theory. – Oxford : Hart Publishing, 2002. – P. 289-310; Griffiths J. What is Legal Pluralism? / J. Griffiths // Journal of Legal Pluralism. – 1978. – Nr. 24. – P. 1-55.

суб'єктами; і саме держава у разі такого санкціонування може визначати ієрархічну підпорядкованість таких правил). Вони утворюють самостійну, окрему правову систему. Це означає, що на одній і тій самій території може існувати два або більше правових порядки поряд один із одним<sup>1</sup>. При цьому немає жодного приводу надавати пріоритет національнодержавній спільноті перед іншими спільнотами. Національна держава – лише одна із таких спільнот<sup>2</sup>. Крім того, примус, монополію на застосування якого має держава, є далеко не єдиним засобом забезпечення ефективної дії права, як на національному, так і на міжнародному рівнях. Як зазначає М. Фіннемор, «соціально сконструйовані правила, принципи, норми поведінки, поширені переконання вказують державі, індивідам, іншим акторам на те, що є важливим або цінним, значущим, і якими є ефективні та / або легітимні засоби досягнення цих цінностей. Як результат, право реалізує свій регулюючий вплив не тільки (і навіть не стільки) тому що воно утримує нас від того, чого ми хочемо. Скоріше, право в першу чергу здійснює на нас і на наші бажання ціннісний вплив, тим самим реалізуючи здатність змінювати їх»<sup>3</sup>.

Право, як стверджують представники цієї концепції, може існувати на різних рівнях: глобальному (питання екології, гуманітарного права тощо), міжнародному (в класичному розумінні як право, що регулює відносини між суверенними державами, а в більш широкому контексті включає також питання прав людини та ін.), регіональному (ЄС, Рада Європи тощо), транснаціональному (ісламське право, іудейське, право ромів, транснаціональний арбітраж, інтернет-право, *lex mercatoria* тощо), міжобщинному (при врегулюванні відносин між релігійними громадами або, наприклад, різними етнічними групами); державному (включаючи правову систему національної держави), субдержавному і недержавному (включаючи право корінних народів).

Якщо звернутися до історії розвитку такого погляду на право, неможливо не згадати *Євгена Ерліха* і його концепцію «*живого права*». Скажемо більше: практично жодна робота, в якій ставиться питання про недержавне право, не обходиться без посилання на Ерліха (1862-1922). Він був професором римського права в м. Чернівці, на території, що має назву Буковина, яка на той момент входила до складу Австро-Угорської імперії. В цій частині Європи проживали

<sup>1</sup> Galligan D. J. *Law in Modern Society*, / D. J. Galligan. – Oxford : Oxford University Press, 2007. – P. 23.

<sup>2</sup> Berman P. S. *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders* / Paul Schiff Berman. – Cambridge University Press, 2012. – P. 62.

<sup>3</sup> Finnemore M. *National Interests in International Society* / Martha Finnemore. – Cornell University Press, 1996. – P. 15.

поряд одна із одною різні етнічно-культурні групи, включаючи німців, євреїв, армян, румунів тощо. На підставі спостереження і завдяки емпіричному дослідженню звичок і звичаїв цих та інших груп Ерліх розробив альтернативний погляд на право. Він сфокусувався на правилах поведінки, яким люди насправді підкоряються, і зробив висновок, що більшість людей не слідує офіційному австрійському закону, а живе відповідно до своїх соціальних норм. Один з його багатьох прикладів стосувався німецького селянства. Він стверджував, що селяни ніколи не звертаються до Австрійського цивільного кодексу, коли справа стосувалася угод щодо використання спільного майна<sup>1</sup>. Ерліх називав німецьких селян, так само як і інші формальні та неформальні групи, «соціальними об'єднаннями». Це певне, досить велике, число людей, які в їх відносинах один із одним визнають певні правила поведінки як обов'язкові і, як правило, намагаються приводити свою поведінку у відповідність із ними. Це, за Ерліхом, і є живим правом. Це «право, яке домінує в житті, навіть якщо воно не закріплено у відповідних приписах»<sup>2</sup>. Аналогічний акцент можна знайти в роботі Л. Поспісіла. Він заперечує ідею права для суспільства в цілому<sup>3</sup>, й аргументує, що суспільство складається з безлічі різних субгруп або «юридичних рівнів». Вчений пише про це так: «Суспільство, будь то плем'я чи «сучасна» нація, не є таким, що не підлягає поділу на різні групи. Суспільство, скоріше, представляє собою мозаїку підгруп, що належать до певних, як правило, чітко визначених (або таких, що підлягають визначенню) типів з різним членством, складом і ступенем залученості. Кожна така підгрупа зобов'язана своїм існуванням, значною мірою, правовій системі, що є її власною, і що регулює поведінку своїх членів».

Навіть здобув доволі активне використання термін «глобальна Буковина», який вказує одночасно і на місце народження Ерліха, і на одну з головних ідей його концепції – глобальний характер права, його непов'язаність державними кордонами. Вчений ще на початку XX ст. звертав увагу на те, що вчені-правознавці значно збіднюють науку про право, оскільки обмежують свою увагу кордонами національної держави. В швидко змінюваному XXI столітті заяви Ерліха про необхідність «звільнення права від оков держави» набули ще більшої актуальності<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law / E. Ehrlich. – New Brunswick : Transaction Publishers, 2002. – P. 489.

<sup>2</sup> Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law / E. Ehrlich. – New Brunswick : Transaction Publishers, 2002. – P. 493.

<sup>3</sup> Pospisil L. Anthropology of Law: A Comparative Theory / L. Pospisil. – New York : Harper & Row, 1971. – P. 99.

<sup>4</sup> Hertogh M. What is Non-State Law? Mapping the Other Hemisphere of the Legal World / Marc Hertogh // J. van Schooten & J.M. Verschuuren (Eds.), The State Legislature and Non-State Law, 2008. – P. 44.

Нова хвиля інтересу до недержавного права почалася наприкінці 1970-х років. Іноді її також називають «новий юридичний плюралізм»<sup>1</sup>. До речі, саме в ті роки один із відомих юридичних журналів *African Law Studies* («Африканські юридичні дослідження») змінив свою назву на *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* («Журнал юридичного плюралізму та неофіційного права»). З цією назвою він випускається і сьогодні. З перших своїх випусків журнал звернувся до феномену юридичного плюралізму, зазначаючи, що йдеться про всі ті випадки, коли більше ніж один нормативний порядок представлений в межах однієї соціальної групи, під якою б назвою він не був нам відомим<sup>2</sup>.

В цілому, теоретики юридичного плюралізму відштовхуються від того, що люди належать або відчують пов'язаність із тією чи іншою соціальною групою, і, відповідно, усвідомлюють себе особами, що зобов'язані діяти згідно із нормами, встановленими в цій групі. Скажімо, Авігейл І. Ейзенберг в своїй роботі «Відновлення політичного плюралізму» (1995 р.) визначає плюралістичні теорії як такі, що прагнуть до організації та концептуалізації політичних явищ на основі множинності груп, до яких належать індивіди і за допомогою яких люди прагнуть до просування і, що більш важливо, до розвитку власних інтересів<sup>3</sup>. Такі групи можуть включати знайомі нам політичні інституції – національні держави, регіони, міста тощо. Але багато спільнот, таких як транснаціональні або субнаціональні етнічні групи, релігійні інституції, торгові організації, союзи, он-лайнкові соціальні медіа-групи та інші «генеруючі норми спільноти», можуть в різні часи здійснювати значний вплив на нашу поведінку, навіть якщо вони не виступають елементом «офіційно» базованої на державі системи. Адже «не всі явища, пов'язані із правом, мають своїм джерелом уряд»<sup>4</sup>. Як з цього приводу зазначає М. Галантер, люди здобувають досвід справедливості чи несправедливості не тільки на форумах, підтримуваних державою, але й у первинних інституційних місцях їх діяльності – вдома, на робочому місці, в ділових питаннях тощо. «Як здоров'я не пов'язано первісно із лікарнею, а знання – тільки зі школою, так і справедливість первісно слід шукати не в офіційних установах здійснення правосуддя»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Merry S. E. *Legal Pluralism* / S. E. Merry // *Law & Society Review*. – 1988. – Nr. 5 (22). – P. 874.

<sup>2</sup> Griffiths J. *From the Editor* / J. Griffiths // *African Law Studies*. – 1980. – Nr. 18. – P. i-ii.

<sup>3</sup> Avigail I. Eisenberg. *Reconstructing Political Pluralism* / Avigail I. Eisenberg // State University of New York Press, 1995. – P. 2.

<sup>4</sup> Sally Falk Moore. *Legal Systems of the World: An Introductory Guide to Classifications, Typological Interpretations, and Bibliographical Resources*, in *Law and the Social Sciences* 11, 15 (Leon Lipson & Stanton Wheeler eds., 1986).

<sup>5</sup> Galanter M. *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law* / M. Galanter // *Journal of Legal Pluralism*. – 1981. – Nr. 19. – P. 14.



Юридичний плюралізм розглядає справедливість як втілення толерантності та взаємного визнання. Різниця між правовими системами – державною і недержавними – не обов’язково розглядається з тієї точки зору, яка з них краще, а яка гірше. Сама різноманітність правових систем є цінною<sup>1</sup>.

### **Саморегулювання як механізм реалізації автономії**

Як зазначив Ф. Гайєк, саморегулювання стало модним словом для кожного сучасного та освіченого законодавця. Воно ніби вказує на неможливість керувати суспільством тільки з центру<sup>2</sup>. Замість того, щоб намагатися зробити неможливе й отримати, ніби з висоти пташиного польоту, уявлення про суспільство в цілому, державі слід покладатися на саморегулівні інституції, сфери і мережі<sup>3</sup>.

Йдеться про вимогу учасників суспільних відносин забезпечити їм *автономний простір* саморегулювання як простір, де «ідеї формуються, поширюються, розвиваються й набувають ваги»<sup>4</sup>. Таким чином, недержавний, автономний регуляторний режим або інші альтернативні форми регулювання походять від різних, часто приватних сил<sup>5</sup>. При цьому саморегулівні організації можуть діяти незалежно, базуючись на своїй власній ініціативі, або можуть взаємодіяти із державою й виконувати певні делеговані функції<sup>6</sup>.

Зокрема, сьогодні, особливо в країнах із великою кількістю мусульманського населення, держави залишають простір для регулювання в ньому відносин за персональним правом в межах номінально вестфальської правової системи. Такі держави – від Канади до Єгипту, Індії, Сінгапуру – визнають паралельне існування світської і релігійної правових систем, часто із самостійними судовими системами.

Так, наприклад, в Лівані кожна із 18 визнаних державою релігійних громад має свій власний суд з виключною компетенцією щодо врегулювання спорів, пов’язаних із сімейними відносинами, шлюбом або спадкуванням. В Індії і Бангладеш різноманітні релігійні громади мають свої власні закони (деякі

<sup>1</sup> Mills A. The confluence of public and private international law / Alex Mills // Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law. – Cambridge University Press, 2009. – P. 298.

<sup>2</sup> Hayek F. A. Law, Legislation and Liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy / F. A. Hayek, Vol. I (Rules and Order). – London: Routledge Kegan Paul, 1973. – P. 22.

<sup>3</sup> Westerman P. Who is regulating the self? Self-regulation as outsourced rule-making / Pauline Westerman. – Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1609606>.

<sup>4</sup> Horwitz P. Defending (Religious) Institutionalism / Paul Horwitz // Virginia Law Review. – 2013 – P. 4.

<sup>5</sup> Senn M. Non-State Regulatory Regimes. Understanding Institutional Transformation / Myriam Senn. – Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011. – P. 1.

<sup>6</sup> Senn M. Non-State Regulatory Regimes. Understanding Institutional Transformation / Myriam Senn. – Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2011. – P. 26.

з них кодифіковані, деякі – ні), що врегульовують різні аспекти шлюбних і сімейних відносин, однак всі справи розглядаються в єдиній судовій системі. В Малайзії особиста релігійна належність автоматично визначає, яке право врегульовує сімейні спори за участю відповідної особи, в той час як в Камеруні людина вільна обирати, яким правом буде врегульовано сімейні відносини – звичаєвим чи загальним цивільним правом, який може бути застосовний до всіх. За Лозанським мирним договором 1923 року мусульмани в Греції можуть обирати для використання ісламське право для врегулювання певних питань.

Там, де держави визнають правові системи корінних народів, діапазон питань, що охоплюються такими системами, широко варіюється. В деяких випадках правові системи корінних народів охоплюють всі спори, в той час як в інших сфера їх поширення є дуже обмеженою (наприклад, в Скандинавії йдеться лише про питання оленярства. Певні системи мають юрисдикцію навіть над особами, що не належать до відповідної соціальної групи. Хоча така ситуація є винятком. Ступінь розвинутості правової системи корінного народу, у тому числі з точки зору правової інфраструктури, також може бути різною. Наприклад, індіанські племена в США мають свої власні суди, які варіюються від «заснованих на традиціях судів, які часто керуються неписаними правилами, до систем, що включають їх суди до федеральної системи або системи штату».

Усе це свідчить, що немає типових моделей існування плюралістичних правових систем. Держава може офіційно визнавати або не визнавати таку множинність, індивіди можуть мати або ні можливість обирати, якому праву вони підпорядковуються, тощо. Особливо складні випадки виникають в зонах конфлікту на територіях, де держава фактично відсутня.

Саморегулювання виконує такі завдання:

- 1) воно наближує нас до тієї ідеальної моделі демократичної організації суспільства, коли більшість враховує інтереси меншості. Більшість, яка на певному етапі розвитку суспільства наділена політичною владою, залишає певні, важливі для меншості питання, для саморегулювання. При цьому вона надає гарантії державного захисту правил і моделей поведінки, які формуються і вводяться в дію недержавними акторами. Механізм саморегулювання іноді також використовується як спроба попередити конфлікт шляхом запровадження нового суспільного договору між державою і громадянами, або між різними групами громадян;
- 2) саморегулювання дозволяє залучити інституції громадянського суспільства не тільки до контролю за публічною владою, але й до

формування публічної політики, до публічного дискурсу<sup>1</sup>. Такі інституції здобувають можливість встановлювати правила поведінки у відповідній сфері публічних відносин, які потребують автономного регулювання, і при цьому користуватися можливістю застосування державного примусу;

3) за допомогою саморегулювання може вирішуватись проблема співіснування різних культур в суспільстві.

Важливо розуміти, що недержавне право існує не тому, що держава дозволяє (санкціонує) таке існування. Ситуація є зворотною: держава має визнати існування недержавного права, оскільки його присутність в суспільстві є об'єктивною<sup>2</sup>. Держава зобов'язана поважати автономію, як індивідуальну, так і колективну. Вона повинна *утримуватися від зазіхань на простір такої автономії*. Це є сферою саморегулювання. На думку Кристофа Енгеля, кожного разу, коли уряд претендує врегулювати такий простір, він має обґрунтувати такі свої дії відповідно до *тесту на пропорційність*, надавши відповіді на такі питання: Чи спрямовано втручання з боку держави до автономного простору на захист конституційно гарантованих прав? Чи може уряд довести, що таке втручання є конституційно легітимним? Реалізації якої мети прагне держава? Чи є заходи із втручання достатньо ефективними? Чи не є дії держави занадто обтяжливими, враховуючи конституційний статус як захищеного права, так і легітимної мети, яку держава переслідує?<sup>3</sup> Однак строгість цього тесту в ситуації, коли *державне регулювання вступає в конфлікт із недержавним*, має бути вищою. Повинна існувати *презумпція легітимності саморегулювання* в сфері автономії. Відповідно, держава не тільки повинна мати вагомі підстави для обмеження свободи заради досягнення легітимної мети, але й зобов'язана також пояснити: (1) чому така мета має більшу вагу, аніж цінність автономії, (2) чому її не може бути досягнуто засобами саморегулювання.

Ліберальна демократична держава, звичайно, може дійти висновку, що певні правила, які існують в межах конкретної спільноти, є недемократичними і тому підлягають забороні. У держави є для цього засоби. Однак прибічники концепції, яку ми розглядаємо, наполягають на тому, що подібний висновок з боку держави сам має бути предметом дискусії. Відповідно, замість того, аби чіплятися за марну надію на монополію держави у визначенні допустимості чи недопустимості тих чи інших моделей поведінки, плюралізм визнає

<sup>1</sup> Horwitz P. Defending (Religious) Institutionalism / Paul Horwitz // Virginia Law Review. – 2013 – P. 7.

<sup>2</sup> Horwitz P. Defending (Religious) Institutionalism / Paul Horwitz // Virginia Law Review. – 2013 – P. 8.

<sup>3</sup> Engel Ch. A Constitutional Framework for Private Governance / Christoph Engel // German Law Journal. – 2004. – No. 03. – P. 205.

неминучість, і навіть бажаність, гібридності, змішаності. Таким чином, плюралізм не ставить рамок, що диктують конкретний сутнісний результат, не пропонує ієрархію основних норм і цінностей. Він вказує на необхідність існування процесуальних механізмів, інститутів і практик, які б створювали можливість для багатоманіття голосів. Такі процедури потенційно можуть допомогти виробити шляхи вирішення нормативних конфліктів (колізій), збираючи різних акторів разом в широкому соціальному просторі. Крім того, така численність голосів може призводити до кращого сутнісного рішення, оскільки дає більше можливостей для створення творчих альтернатив, які б були в іншому разі непочутими.

### **Недержавне право в епоху глобалізації**

Глобалізацією прийнято пояснювати останню хвилю уваги до недержавного права. В загальних словах глобалізацію пов'язують із розвитком, поширенням (торгівлі, культури, споживання) від локального рівня з локальними наслідками до рівня і наслідків, що мають широке, світове значення, а тому таким, що виходить за національні межі<sup>1</sup>.

Широке коло авторів займається цією проблематикою, у тому числі звертаючись до питання про глибокі правові наслідки процесів, що відбуваються: «Глобалізація нагадує нам, що держава обмежена не тільки іншими державами і наднаціональними організаціями, але й також недержавними організаціями на зразок громадських об'єднань, різноманітних спільнот, у тому числі релігійних груп, потужних приватних гравців, серед яких – мультинаціональні корпорації. Усі ці актори, в один спосіб чи в інший, відіграють свої ролі у світі, що глобалізується, який ми звикли розглядати крізь призму національної держави. І одна із цих ролей – роль правотворця»<sup>2</sup>. Відзначається тенденція, що вплив різноманітних недержавних акторів, включаючи бізнес, релігійні організації, етнічні групи, племена тощо, буде збільшуватися в різноманітних сферах суспільного життя – політичному, економічному, культурному тощо. Ця глобальна тенденція суттєво впливатиме на міжнародну систему: до 2025 року національні держави вже не будуть виключними – а часто навіть не будуть найбільш важливими – акторами на

---

<sup>1</sup> Friedman L. M. Erehwon: The Coming Legal Order / L. M. Friedman // Stanford Journal of International Law. – 2001. – Nr. 2 (37). – P. 347-364.

<sup>2</sup> Michaels P. The Re-State-ment of Non-State Law. The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism / Ralf Michaels // The Wayne Law Review. – 2005. – Vol. 51. – P. 1211.



світовій сцені, і міжнародна система перейде до нової реальності. Однак трансформація буде неповною і нерівномірною<sup>1</sup>.

Зважаючи на такі тенденції в юридичній літературі навіть виник термін глобального юридичного плюралізму<sup>2</sup>, «глобальної Буковини» на честь Є. Ерліха<sup>3</sup>, глобального права без держави або «поствестфальської концепції права»<sup>4</sup>, «приватного глобального нормотворення»<sup>5</sup>.

Як приклад недержавного права, яке розвивається під впливом глобалізаційних процесів, – так звані «нові» *lex mercatoria*. Старими *lex mercatoria* називають торгові звичаї та інші недержавні правила міжнародної торгівлі в Середні віки, що були створені не державами, а суб'єктами, що займалися міжнародною комерцією<sup>6</sup>. У 1980-х почався і в 1990-х продовжився рух, який має місце і зараз, коли науковці наголошують на тому, що ми сьогодні є свідками розвитку нового, транснаціонального недержавного права. Ідея полягає в тому, що сьогодні юристи і бізнесмени, які працюють на міжнародному рівні, мають свої власні звичаї, норми, практики, щось на зразок торгового права, яким вони керуються безвідносно до законодавчих положень, для визначення моделі своєї поведінки<sup>7</sup>. Як і стара *lex mercatoria*, нова її версія вказує на автономний недержавний правовий порядок зі своїми особливими правилами і спеціальними органами для вирішення спорів<sup>8</sup>. Мультинаціональні корпорації використовують стандартні форми контрактів й договірних умов, які визнано бізнес-організаціями і недержавними інституціями, такими як Асоціація міжнародного права (International Law Association), Міжнародна торгова палата (International Chamber of Commerce), Міжнародна морська комісія (International Maritime Commission Group). Такі міжнародні контракти

<sup>1</sup> NIC, Global Trends 2025: A Transformed World (November 2008) / Available online at [http://www.dni.gov/nic/NIC\\_2025\\_project.html](http://www.dni.gov/nic/NIC_2025_project.html).

<sup>2</sup> Snyder F. Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism and European Law / F. Snyder // European Law Journal. – 1999. – Nr. 4 (5). – P. 334-374; Berman P. Schiff. From International Law to Law and Globalization / Berman P. Schiff // Columbia Journal of Transnational Law. – 2005. – Nr. 43. – P. 485-556; Berman P. Schiff. Global Legal Pluralism / Berman P. Schiff // Southern California Law. – 2007. – Review 80. – Available at SSRN : <http://ssrn.com/abstract=985340>.

<sup>3</sup> Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society / in G. Teubner (ed), Global Law Without a State, Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997. – P. 3-28.

<sup>4</sup> Twining W. A Post-Westphalian Conception of Law (Review Essay) / W. Twining // Law & Society Review. – 2003. – Nr. 1 (37). – P. 199-257.

<sup>5</sup> Teubner G. Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems / G. Teubner // American Journal of Comparative Law. – 1997. – Nr. 45. – P. 149-169.

<sup>6</sup> Michaels P. The Re-State-ment of Non-State Law. The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism / Ralf Michaels // The Wayne Law Review. – 2005. – Vol. 51. – P. 1219.

<sup>7</sup> Friedman L. M. Erehwon: The Coming Legal Order / L. M. Friedman // Stanford Journal of International Law. – 2001. – Nr. 2 (37). – P. 356.

<sup>8</sup> Michaels P. The Re-State-ment of Non-State Law. The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism / Ralf Michaels // The Wayne Law Review. – 2005. – Vol. 51. – P. 1259.

часто містять положення, які виключають можливість застосування національного (державного) права. Більше того, міжнародний комерційний арбітраж вже давно має пріоритет перед національними судами як інституція для вирішення міжнародних юридичних спорів із добре виписаною процедурою їх розгляду<sup>1</sup>. Так само в міжнародному спорті давно обговорюється утворення *lex sportiva internationalis*<sup>2</sup>, *lex laboris internationalis*<sup>3</sup> тощо.

Важливий здобуток цивілізації, з яким у тому числі пов'язують, глобалізаційні процеси, - *Інтернет*. Про кіберпростір говорять як про «самокеровану систему» зі своїми власними «правилами і звичаями», своїми власними засобами забезпечення їх ефективності, які є повністю незалежними від держави. Питання про те, «чи має інтернет свій власний правовий порядок» було предметом гарячих дебатів у 90-ті роки між Девідом Джонсоном і Девідом Постом, з однієї сторони, і Джеком Голдсмітом, з іншої. Перші давали позитивну відповідь на поставлене питання<sup>4</sup>. На їх переконання держави мають сприяти або, принаймні, не заважати, «автономному праву в інтернеті». Дж. Голдсміт відкидав такі заяви, вказуючи, що навіть якщо певні трансакції стаються в інтернеті, відповідний ефект стосується реальних людей, з реальним місцезнаходженням, під юрисдикцією реальної держави<sup>5</sup>. Ця дискусія набула великої популярності, якою користується і зараз.

За зізнанням експертів, десь у 1995 році складалося враження, що кіберпростір зможе повністю звільнитися від встановлюваних державою рамок, від прив'язки до державних кордонів. Звучали аргументи на користь того, що кіберпростір не може бути врегульований суверенами, чия влада має територіальну прив'язку, а тому онлайновий світ має створити свій власний юридичний простір. Але національні держави прагнуть іншого розвитку подій: вони намагаються врегулювати практично будь-яку онлайнову діяльність – від азартних ігор до користування чатами (наприклад, вимагаючи від шкіл і бібліотек забезпечити безпечність і секретність користування чатами, обмежуючи можливість використання чатів особами, які раніше визнавалися

---

<sup>1</sup> Mertens H-J. *Lex Mercatoria: A Self-Applying System Beyond National Law?* / in G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*. – Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997. – P. 31-43.

<sup>2</sup> Nafziger J. R. *International Sports Law as a Process for Resolving Disputes* / J. R. Nafziger // *International and Comparative Law Quarterly*. – 1996. – Nr. 45. – P. 135; Schultz, T. *The Lex Sportiva Turns Up at the Turin Olympics: Supremacy of NonState Law and Strange Loops* / T. Schultz // Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=896673>.

<sup>3</sup> Craig J.D.R. *Globalization and the Future of Labour Law* / Craig, J.D.R. and S.M. Lynk. – Cambridge : Cambridge University Press, 2006. – P. 36.

<sup>4</sup> Johnson D. R. *Law and Borders -- The Rise of Law in Cyberspace* / David R. Johnson, David G. Post // *Stan. L. Rev.* – 1996. – Nr. 48. – P. 1367.

<sup>5</sup> Goldsmith Jack L. *Against Cyberanarchy* / Jack L. Goldsmith // *University of Chicago Law Review*. – 1998. – Nr. 65. – P. 1199.

винними в кіберпереслідуванні) тощо. Однак безліч питань залишається. Для прикладу, якщо особа розміщає певний контент, який вважається законним в місці, в якому вона знаходиться, але він є незаконним там, де його може бути проглянуто, чи може вона бути притягнута до відповідальності? Як має вирішуватися питання оподаткування діяльності в інтернеті? Чи може клаптева ковдра національних законів в сфері захисту авторських прав врегулювати миттєве поширення світом певної цифрової інформації? Яку процедуру розслідування мають передбачати національні закони у випадку вчинення міжнародного комп'ютерного злочину? І так далі. Один із гучних прикладів – відома справа Yahoo!, коли дві країни – Франція і США – заявили про свою юрисдикцію внаслідок виникнення питання про розміщення матеріалу, присвяченого нацизму із запереченням Холокосту, що було незаконним у Франції (де матеріал було завантажено), однак він підпадав під захист Першої Поправки в США (де його було скачано). І ця справа, безумовно, далеко не єдина.

Ще один фактор, про який говорить в контексті глобалізації і недержавного права – *право прав людини* (Human Rights Law). Ідея глобального правового порядку, який існує безвідносно держави, в нинішньому її вигляді великою мірою пов'язана також із розвитком права прав людини. Як говорить Л. Фрідман, не тільки гамбургер, піца і рок-н-рол інтернаціоналізуються. Аналогічні процеси відбуваються і з певними концептами, центральне місце серед яких займають ідея верховенства права і прав людини<sup>1</sup>. В останні декілька десятиліть «недержавні актори, особливо громадські організації, почали відігравати все більш зростаючу роль у формуванні міжнародної доктрини прав людини, яка ставить під великий сумнів раніше безспірні прерогативи національних держав<sup>2</sup>.

Великою мірою, ідея горизонтальної дії прав людини (або застосування прав людини в приватному праві)<sup>3</sup> йде пліч-о-пліч із ідеєю недержавного права.

### **Перегляд концепцій: замість висновків**

Визнання існування недержавного права ставить нас перед потребою переглянути традиційні для теорії права концепти, серед яких:

---

<sup>1</sup> Friedman L. M. Erehwon: The Coming Legal Order / L. M. Friedman // Stanford Journal of International Law. – 2001. – Nr. 2 (37). – P. 364.

<sup>2</sup> Bianchi A. Globalization of Human Rights: The Role of Non-State Actors / in G. Teubner (ed), Global Law Without a State, Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997. – P. 179.

<sup>3</sup> Human rights and the private sphere. A Comparative Study / Edited by Dawn Oliver and Jörg Fedtke. – Routledge-Cavendish, 2007. – P. 94.

(а) *поняття права*. Слід зазначити, що прибічники недержавного права доволі часто відмовляються давати визначення права<sup>1</sup>, що робить концепцію незавершеною. Як видається, цінність розглядуваного в цій статті підходу до права може полягати у тому числі в тому, що він, по-перше, може стати поштовхом для зміни розуміння права в теорії права, і, по-друге, він слугує кроком до формулювання загальнотеоретичних моделей із подальшим їх перенесенням на практику щодо поєднання державного і недержавного регулювання або ж наукового аналізу тих моделей, які вже працюють на практиці. Окремий предмет наукового дослідження – визначення тих сфер суспільного життя, де держава має залишати простір для недержавного правового регулювання (саморегулювання), в окремих випадках відводячи собі роль лише субсидіарного регулювальника. Методологічним недоліком прибічників концепції юридичного плюралізму, як видається, часто стає те, що вони розглядають недержавне право лише як даність, «соціальний факт», тобто лише як існуюче, а не як належне.

Безумовно, представники юридичного плюралізму мають широкий спектр поглядів на право. Але в одному сходяться всі: право не може і не повинно обмежуватися тільки державним правом. Таке твердження, звичайно, не дає відповіді на основне питання: що є критерієм відмежування права від неправа? в який момент ми припиняємо говорити про право і починаємо аналізувати інші соціальні регулятори?<sup>2</sup>;

(б) *легітимація права*. Легітимація права у 17-18 ст.ст. базувалася на природному праві, у 19-20 ст.ст. – здебільшого мала в основні демократичні процедури. Зараз, на думку прибічників концепції недержавного права, час замислитись над новим джерелом легітимації правових норм. Таким джерелом, очевидно, не може бути держава, її влада, монополія на застосування примусу. Проблеми, які раніше лежали в області демократичного способу прийняття рішень все більше і більше зміщуються на міжнародний рівень. Окремі автори говорять про те, що й сама демократія під впливом глобалізаційних процесів має бути переосмислена<sup>3</sup>. Важливим є розуміння того, що недержавне право не обов'язково має здобувати легітимність через рішення національного парламенту. Такий погляд на легітимність був би занадто вузьким. Це правда, що починаючи із 18-го ст. концепція демократії була тісно пов'язана із

<sup>1</sup> Berman P. S. Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders / Paul Schiff Berman. – Cambridge University Press, 2012. – P. 55.

<sup>2</sup> Merry S. E. Legal Pluralism / Sally Engle Merry // L. & Soc. Rev. – 1988. – Nr. 1. – P. 870.

<sup>3</sup> De Burca G. Developing Democracy beyond the State / G. De Burca // Columbia Journal of Transnational Law. – 2008. – P. 117.

державою. Однак сьогодні в цьому такої потреби немає. Сама ідея демократії виникла задовго до того, як з'явилися національні держави. І зараз ми знову маємо звільнити поняття демократії від обов'язкового зв'язку із державою<sup>1</sup>. Звичайно, окремі автори стверджують, що тільки територіально організована національна держава може легітимно здійснювати засновану на демократії владу. Однак в наш час транснаціональні і внутрішньо-національні інституції сприяють просуванню демократії, її укріпленню в межах і поза межами держави. Головним чином це відбувається завдяки тому, що конституційна демократія вже включає в себе ідею: всі люди, а не тільки більшість, можуть усвідомлювати свою приналежність до певної недержавної спільноти, а тому претендувати на самоврядування;

(в) *механізм правового регулювання*. Існує необхідність усвідомленого прагнення до того, щоб в державному правовому регулюванні зберігався або навіть спеціально створювався простір, який міг би заповнюватися альтернативними правовими порядками. Це надавало б можливість для продуктивної взаємодії між декількома (або навіть багатьма) правовими системами, що перетинаються, шляхом вироблення відповідних процедурних механізмів, інститутів і практик, спрямованих на співіснування, а не на ліквідацію, юридичного плюралізму, який ми бачимо навколо нас. Такі механізми, інститути і практики можуть допомогти вирішувати конфлікти шляхом визнання того, що різноманітні спільноти мають цілком виправдане бажання відстоювати свої власні норми, аніж ті, що надано (нав'язано) ззовні, й відповідно, мають відшукуватися альтернативні підходи там, де це можливо. І навіть в тих випадках, коли альтернативний правопорядок не може діяти (зокрема, через його репресивний характер, порушення ним стандартів захисту прав людини, глибоку нетерпимість тощо), мають існувати процедури, які б принаймні вимагали пояснення, чому в даному конкретному випадку альтернативне регулювання є неможливим<sup>2</sup>.

У той же час, подібні механізми, інститути і практики вимагають наявності акторів, які, як мінімум, мають готовність до участі в спільному діалозі. Це не є таким ідеалістичним, як це може здатися на перший погляд. Як стверджував Джеремі Уолдрон, «труднощі міжкультурного або релігійно-світського діалогу часто є перебільшуються, коли ми говоримо про несумісність культурних рамок і неможливість розмови поза спільною концептуальною

<sup>1</sup> Globalization and Private Law. The Way Forward / Edited by Michael Faure, André van der Walt Edward. – Elgar Publishing Limited, 2010. – P. 19.

<sup>2</sup> Berman P. S. Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders / Paul Schiff Berman. – Cambridge University Press, 2012. – P. 10.

схемою. Насправді розмова між представниками різних культурних і релігійних громад рідко є діалогом глухих»<sup>1</sup>. Зрозуміло, що є певна межа, поза якою діалог вже є неможливим. Скажімо, прибічники і противники абортів, незважаючи на кардинальну різницю в своїх поглядах, можуть висловити готовність взяти участь в публічних дебатах або, наприклад, скористатись відповідними юридичними процедурами. Але це є можливим тільки до тих пір, доки одна зі сторін не звертається до таких засобів як бомбардування клінік, де роблять аборти. Це виводить відповідних суб'єктів за межі діалогу, який ведеться в суспільстві.

Пол Берман на підставі узагальнення вже існуючої практики правового регулювання пропонує структуровану характеристику процедурних механізмів, інституційних моделей і дискурсивних практик, що мають використовуватись в механізмі правового регулювання для забезпечення плюралізму. Він називає такі: діалектична правова взаємодія, свобода розсуду, обмежені автономні режими, схеми субсидіарності, механізми спільної участі, режими взаємного визнання, режими взаємодії тощо. Такі механізми, моделі і практики часто є результатом необхідного політичного компромісу між сувереналістським територіалізмом і універсалізмом. Тому їх часто називають «рішеннями про півхлібини», оскільки кожна зі сторін отримує результат, який є менш привабливим, аніж той, якого вона прагнула, але кращим аніж нічого<sup>2</sup>. Ці механізми не можуть розказати нам, як забезпечити плюралізм в певному конкретному випадку, але вони складають наше загальне уявлення про моделі, за якими це в принципі можна зробити. Крім того, механізм правового регулювання також має запропонувати шляхи вирішення конфліктів, що можуть виникати між державним і недержавним правом<sup>3</sup>;

(г) *верховенство права*. Як тільки ми говоримо про недержавне регулювання як про правове, відразу постає питання, чи поширюються на таке регулювання вимоги верховенства права. Вважаємо, що так, поширюється. Однак ми маємо брати до уваги специфіку, пов'язану із тим, що недержавне правове регулювання є механізмом реалізації автономії. Тому реалізація вимог верховенства права не повинна призводити до нівелювання самої ідеї

<sup>1</sup> Waldron J. Public Reason and "Justification" in the Courtroom / Jeremy Waldron // J.L. Phil. & Culture. – 2007. – Nr. 1. – P. 107.

<sup>2</sup> Berman P. S. Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders / Paul Schiff Berman. – Cambridge University Press, 2012. – P. 152.

<sup>3</sup> Michaels P. The Re-State-ment of Non-State Law. The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism / Ralf Michaels // The Wayne Law Review. – 2005. – Vol. 51. – P. 1211.

автономії<sup>1</sup>. Крім того, багато з вимог верховенства права обумовлені тим, що державне право є зовнішнім по відношенню до адресата правила поведінки. Недержавне право є набагато ближчим до адресата. Часто сам адресат приймає участь у виробленні відповідного правила.

*В статті здійснено спробу поглянути на право крізь призму концепції недержавного правового регулювання, яке, в свою чергу, завжди розглядається в контексті таких понять як саморегуляція, юридичний плюралізм і глобалізація. В центрі уваги – ідея про те, що правові норми створюються й забезпечуються в своїй реалізації не тільки державою, але й недержавними акторами: громадськими організаціями, політичними партіями, релігійними інституціями, етнічними групами, інтернет-спільнотами тощо. Більше того, такі норми не стають частиною державної правової системи (оскільки тоді все рівно фактично маємо державне право, просто у формі санкціонування державою правил, які створені недержавними суб'єктами; і саме держава у разі такого санкціонування може визначати ієрархічну підпорядкованість таких правил) – вони утворюють самостійну, окрему правову систему.*

**Ключові слова:** недержавне право, юридичний плюралізм, автономія, саморегуляція, глобалізація, правова система.

*В статті предпринята попытка взглянуть на право сквозь призму концепции негосударственного правового регулирования, которое, в свою очередь, всегда рассматривается в контексте таких понятий как саморегуляция, юридический плюрализм и глобализация. В центре внимания – идея о том, что правовые нормы создаются и обеспечиваются в своей реализации не только государством, но и негосударственными акторами: общественными организациями, политическими партиями, религиозными организациями, этническими общностями, интернет-сообществами и т. д. Более того, такие нормы не становятся частью государственной правовой системы (поскольку в этом случае все равно фактически имеет место государственное право, просто в форме санкционированных государством правил, созданных негосударственными субъектами, и именно государство в случае такого санкционирования может определять иерархическую*

---

<sup>1</sup> Див. Vovk D. The Rule of Law Doctrine in Religious and Mixed Legal Systems: Whether It Possible / D. Vovk. – Електронний ресурс. – [Режим доступу] : [https://www.academia.edu/10789463/The\\_Rule\\_of\\_Law\\_Doctrine\\_in\\_Religious\\_and\\_Mixed\\_Legal\\_Systems\\_Is\\_It\\_Possible\\_Eng\\_](https://www.academia.edu/10789463/The_Rule_of_Law_Doctrine_in_Religious_and_Mixed_Legal_Systems_Is_It_Possible_Eng_)



подчиненность таких правил) – они образуют самостоятельную, отдельную правовую систему.

**Ключевые слова:** негосударственное право, юридический плюрализм, автономия, саморегуляция, глобализация, правовая система.

*The article attempts to look for law through the prism of the concept of non-state legal regulation, which is always seen in the context of such concepts as self-regulation, legal pluralism and globalization. The idea that the legal norms are created and provided in its implementation not only by the state, but also by non-state actors is in the center of attention. These non-state actors are non-governmental organizations, political parties, religious organizations, ethnic communities, online communities etc. Furthermore, these standards do not become part of the national legal system. They form an its own legal system.*

**Keywords:** non-state law, legal pluralism, autonomy, self-regulation, globalization, legal system.

## **ЕВОЛЮЦІЯ ПРЕЗИДЕНТСЬКОЇ ВЛАДИ В США**

**Левчук Марія В'ячеславівна**

*кандидат юридичних наук*

*асистент кафедри історії права і держави*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

На сьогоднішній день інститут президента є надзвичайно поширеним в усьому світі. Більшість країн світу, що входять до складу ООН, у своєму державному устрої мають інститут президента.

Саме слово «президент», що у перекладі з латини означає «той, що сидить попереду», було відоме ще за античних часів, однак ним називали не політичного діяча, а головуючого на зібраннях. Ймовірно, саме тому це слово було обране для позначення голови новоствореної американської держави, адже тоді у ній було вкрай упереджене ставлення до будь-якого правителя, оскільки колишні британські колонії тривалий час перебували під утиском британського монарха, а слово «президент» не несло негативних асоціацій.

Спочатку слово «президент» з'явилося в «Статтях конфедерації», де мова йшла про голову Комітету штатів (органу, що здійснював обов'язки уряду в перервах між сесіями Конгресу). І лише Конституція 1787 року проголосила президента главою виконавчої влади та держави в цілому. В той час у низці американських штатів очільники виконавчої влади іменувались президентами, а не губернаторами.

Конституція США 1787 р., якою вводився інститут президента країни та визначалися його повноваження, була прийнята під впливом низки чинників, серед яких основним виступило негативне ставлення до метрополії, яку для американців уособлював британський монарх. Тому однією з головних задач американців було створити таку систему правління, за якої глава держави не зміг би узурпувати всю повноту влади і стати одноосібним тираном. Відтак, за основу була взята теорія Ш.-Л. Монтеск'є про поділ влади та розроблена складна система стримувань та противаг.

Творці американської конституції, побоюючись сильної президентської влади, навмисне обмежили повноваження президента. Однак у XX ст. реальна влада президента не тільки у внутрішньому житті США, але й в усьому світі значно зросла. На думку В. Міхальова, це відбулося як завдяки певному розширенню президентських повноважень парламентськими актами, так і тому,

що президенти навчилися користуватися своїми конституційними повноваженнями оптимальним для себе способом [1; 58].

Найбільший обсяг повноважень президент США має як голова виконавчої влади. В цій якості він керує величезним виконавчим апаратом, призначає «за порадою та за згодою Сенату» всіх посадовців США, посади яких передбачені Конституцією та законом, якщо в самій Конституції не передбачено інший порядок їх призначення. В двох випадках президент має право самостійного, без «поради та згоди Сенату», призначення посадових осіб: якщо таке право прямо надане йому законом та якщо вакансія відкривається в період між сесіями Конгресу – на термін до закінчення найближчої сесії.

Порядок звільнення посадових осіб США не прописаний у Конституції. На практиці воно здійснюється президентом одноособово, якщо в законі прямо не передбачено іншого.

Нарешті, як глава виконавчої влади, президент має право вимагати від керівника кожного міністерства письмової думки щодо будь-якого питання його компетенції. Таким чином, ще раз підкреслюється, що уряд в США не є вищим органом виконавчої влади, вищим органом виконавчої влади є президент. Голови департаментів можуть лише висловлювати свою думку з питань, віднесених до їх відомства, таким чином виступаючи радниками президента. Всі рішення у питаннях його компетенції приймаються президентом одноособово.

Серед іншого, президент має право накладати відкладальне вето на законопроекти Конгресу. Якщо президент мотивованим посланням відмовляє в затвердженні законопроекту або резолюції, схвалених обома палатами конгресу, то таке вето може бути подолане лише якщо законопроект або резолюцію підтримає кваліфікована більшість конгресменів обох палат.

Носій судової влади – Верховний суд – формується сумісно президентом та Конгресом. Члени Верховного суду призначаються президентом «за порадою та за згодою Сенату», тобто за схвалення двох третин присутніх сенаторів за наявності кворума.

Відтак, американська модель правління має низку рис, які сьогодні розглядаються як класичні риси президентської республіки. Серед них, зокрема, такі: а) голова держави обирається всенародно (з залученням колегії вибірників); б) терміни повноваження голови держави та законодавчого органу фіксовані та неоднакові; в) новообраний президент має прерогативу призначення уряду та визначення його складу; г) президент має певні права у законодавчій сфері, передусім право вето.

Після прийняття Конституції США 1787 року виявилось, що її положення є надто лаконічними та не охоплюють всіх життєвих ситуацій, які можуть статися. При складанні тексту Конституції надто багато «малося на увазі» і в кінцевому рахунку не було прописано у самому її тексті. Крім того, оскільки США стали на шлях розбудови принципово нової для того часу держави, деякі проблеми були просто невідомі, а їх появу передбачити було неможливо.

Є декілька шляхів вдосконалення Конституції. Найбільш розповсюдженими з них є заміна застарілої Конституції новою або прийняття змін до існуючої Конституції. Однак американський законодавець обрав свій, досить оригінальний шлях: він не змінював вже існуючі статті та не замінював їх на нові, а доповнював Конституцію новими статтями – поправками. Всі поправки були ретельно виважені, обговорювалися, в окремих випадках, навіть не роками, а десятиріччями. Всі поправки були спрямовані на подолання реальних практичних ситуацій та на збереження демократичних цінностей, які є наріжним каменем Конституції США.

Недоліки в системі виборів президента і необхідність провести зміни в цій сфері яскраво показали вибори 1800 р. Це був той час, коли двопартійна система в США лише почала формуватись. Вибірники мали кожний по два голоси, але могли голосувати лише за президента, а віце-президентом автоматично ставав кандидат, який став другим. Внаслідок плутанини обидва кандидати від демократів-республіканців - Томас Джефферсон та Аарон Бурр отримали рівну кількість голосів - 73. Подальша процедура передбачала вирішення цього питання в Конгресі Палатою представників, де більшість тоді мали федералісти. Щоб позбавити Джефферсона президентства, федералісти голосували за Бурра. Це призвело загострення політичної кризи, адже тридцять п'ять голосувань поспіль не дали результату – кожен раз Джефферсону не вистачало голосу одного штату, і лише втручання лідера федералістів Александра Гамільтона, дозволило вирішити питання на користь останнього. На тридцять шостому голосуванні Томаса Джефферсона було обрано Президентом США [3; 92-93].

Щоб виключити в майбутньому подібну невизначеність, 1804 року була прийнята XII Поправка до Конституції, яка дозволяла вибірникам голосувати одним голосом за президента, а другим — за віце-президента. Поправка звучить таким чином: «Вибірники збираються у відповідних штатах і таємним голосуванням подають свої голоси за Президента і Віце-президента, з яких принаймні один не є мешканцем одного з ними штату. У своїх бюлетенях вибірники вказують особу, за яку вони голосують як за Президента, а в окремих

бюлетенях - особу, за яку вони голосують як за Віце-президента. Вони мають виготовити окремі списки на всіх кандидатів на Президента, і на всіх кандидатів на Віце-президента, із зазначенням кількості голосів за кожного. Ці списки вони мають підписати, посвідчити і запечатаним листом надіслати до осідку уряду Сполучених Штатів голові Сенату. Голова Сенату повинен за присутності Сенату і Палати представників розпечатати всі такі повідомлення, і тоді голоси підраховують. Особа, яка дістала найбільше голосів на Президента, має бути Президентом, якщо ця кількість становить більшість з загальної кількості призначених вибірників. Якщо жодна з висунутих кандидатур не дістане такої більшості, тоді з осіб, які дістали найбільшу кількість голосів у списках кандидатур на Президента, але не більше за трьох таких осіб, Палата представників має негайно обрати Президента таємним голосуванням. За таких виборів голосують штати, і представництво кожного штату має один голос. Кворум для цієї мети становлять дві третини штатів, представлених кожен одним чи кількома членами, і для обрання потрібна більшість з-поміж усіх штатів. Якщо Палата представників, якій належить право обирати, не обере Президента до четвертого дня наступного березня, обов'язки Президента має виконувати Віце-президент, так само у випадку смерті чи інших причин, що не дають Президенту змоги виконувати свої обов'язки.

Особа, яка дістане найбільше голосів на Віце-президента, має бути Віце-президентом, якщо ця кількість становить більшість загальної кількості призначених вибірників. Якщо ніхто не дістане більшості, то Віце-президента обирає Сенат із двох кандидатур, які дістали найбільшу кількість голосів у списках. Кворум для цієї мети становлять два сенатори, але для обрання потрібна більшість загальної кількості сенаторів.

Жодна особа, яка не задовольняє вимогам Конституції стосовно Президента, не може бути обраною також на Віце-президента Сполучених Штатів» [4; 856].

Як бачимо з цієї поправки, кожен вибірник має роздільно голосувати за Президента та Віце-Президента. Внаслідок цього обидві ці посадові особи повинні, вочевидь, належати до однієї партії. У випадку, коли вибірники не зуміли обрати Президента та (або) Віце-Президента, питання обрання цих осіб належить до відома різних інституцій Конгресу: Президента обирає Палата Представників; Віце-Президента – Сенат. Вважаємо, що це пов'язано із обов'язками, які виконує кожна з цих політичних фігур. Невипадковим у Дванадцятій поправці є те, що Президента, з точки зору авторів поправки,

обирають «Штати», які представляє саме Палата Представників. Сенат вибирає Віце-Президента, оскільки саме він формально очолює Сенат США.

Наступна поправка встановила дату закінчення термінів повноважень конгресу і президента, яку було ратифіковано 23 січня 1933 року. Її метою було скорочення терміну, який проходить між виборами президента та конгресу і закінченням повноважень відповідно колишнього президента та Конгресу минулого скликання. За старим порядком новий президент заступав на свій пост через чотири місяці після виборів – у березні наступного року, і тому протягом всього цього періоду могло існувати двовладдя. Двічі це призводило до криз: у 1861 році обраний президент Авраам Лінкольн не мав можливості своєчасно відреагувати на сецесію південних штатів, а в 1933 році (вже під час ратифікації поправки) обраний президент Франклін Делано Рузвельт не мав можливості проводити свою програму «Нового курсу». Аналогічна ситуація виникала і з Конгресом, вибори до якого проходили у грудні, а перше засідання нового скликання – в березні. XX Поправкою обидві дати були перенесені на січень: 3 січня - для Конгресу, 20 січня - для президента.

Крім того, поправка передбачила, що в разі смерті обраного президента до інавгурації, президентом має стати обраний віце-президент США. Через 23 дні після прийняття поправка мало не знадобилася. 15 лютого 1933 р. на обраного президента США Франкліна Рузвельта було скоєно замах, але Рузвельт не постраждав. Якби ж це сталося, то 4 березня президентом став би обраний віце-президент Джон Гарнер.

Наступна поправка до Конституції США, що торкалась Президента США – це Поправка XXII, яка стосується кількості термінів переобрання Президента та була прийнята тільки в 1947 р. Конституція США залишила це питання без розгляду. Але слід зазначити, що з часів заснування посади Президента США та до 1940 року включно жодну особу не було переобрано на третій термін.

Цікавим є, що це питання впродовж тривалого часу не було визначене, проте зберігалось у вигляді правового звичаю або політичної традиції. Ще перший Президент США Джордж Вашингтон, пробувши на своїй посаді вісім років (два терміни), відмовився балотуватися втретє.

Разом із тим, слід додати, що потенційні можливості та загрози у випадку переобрання Президента США на третій термін деякою мірою намагались передбачати ще автори «Федераліста», А. Гамільтон, Дж. Медісон та Дж. Джей, за часів прийняття Конституції США. Вони розглядали можливість заборонити переобрання Президента США, як засіб для того, щоб обмежити владу Президента [5; 332]. Проте, вирішальним фактором у створенні традиції став

той факт, що ініціатива першого Президента США була підтримана наступними за ним Т. Джефферсоном, Дж. Медісоном, Дж. Монро та Е. Джексоном, які самі, добровільно, відмовилися балотуватися на третій термін. Ця традиція проіснувала більше 130 років.

Час від часу у деяких американських президентів виникали задуми обиратися на третій термін, але з різних причин ці задуми не були реалізовані. Рух за встановлення конституційних обмежень терміну перебування на посаді Президента США, почався майже одразу із прийняттям Конституції США. Прибічники цього руху ніколи не були задоволені самою лише силою традиції, розпочатою Джорджем Вашингтоном, та намагалися закріпити це правило юридичним актом. З 1789 по 1947 роки, тобто більш ніж за півтора століття, до Конгресу було внесено 270 пропозицій щодо обмеження можливостей переобрання діючого Президента. Кількість внесення подібних поправок постійно збільшувалася, поки, нарешті, на перше засідання Сенату 1947 року таких пропозицій не було внесено відразу вісім.

Тільки Франклін Рузвельт порушив традицію, будучи обраним Президентом чотири рази поспіль. Така висока підтримка Рузвельта пояснюється вдалою економічною і військовою політикою в складні для США часи – Великої депресії та Другої світової війни, і як наслідок – незаперечна підтримка Рузвельта народом. Проте Франклін Рузвельт не провів на посту повних чотири терміни — уже на 61-ий день четвертого терміну він помер від крововилив у мозок, а пост зайняв Гаррі Трумен.

Отже, головним змістом вказаної поправки є те, що згідно із нею жодна особа не може бути обрана на посаду Президента США більш ніж на два терміни поспіль.

Останньою поправкою, що торкається президента США є XXV Поправка, що визначила порядок передачі обов'язків президента у разі дострокового припинення його повноважень (у більшості випадків — загибелі або вбивства).

Згідно з Конституцією США, припинення повноважень Президента США можливе за наступних підстав: смерть, відставка, імпічмент, а також нездатність здійснювати пов'язані з посадою права та обов'язки. В останньому випадку таке припинення може мати як остаточний, так і тимчасовий характер (з усіх інших підстав повноваження президента припиняються остаточно).

В первинному тексті Конституції США досить неточно було сформульовано у якому порядку відбувається заміна віце-президентом президента у разі дострокового припинення його повноважень. Конституції містила положення тільки про те, що у випадку відсторонення президента від



посади або його смерті чи визнання недієздатним повноваження переходять до віце-президента. Однак виникала колізія - чи стає віце-президент президентом або ж віце-президент стає виконувачем обов'язків президента.

Вже у 1841 р. відбулись події, що призвели до появи так званого «Прецедента Тайлера». Після смерті президента Вільяма Генрі Гаррісона його, згідно положень Конституції, мав замінити віце-президент Джон Тайлер, який, на думку тогочасних політиків США, мав прийняти посаду виконувача обов'язків президента. Тайлер відмовився підписувати відповідні документи і, попри численні заперечення, прийняв присягу президента.

Також, хоча Конституція передбачала припинення повноважень президента через нездатність здійснювати пов'язані з посадою права та обов'язки, проте процедура визнання президента недієздатним і порядок переходу у такому разі повноважень до віце-президента, не були прописані. Окрім того, відкритим залишалось питання про те, хто має право визнавати главу держави недієздатним. Наприклад, після інсульту президента Вільсона він не міг виконувати свої обов'язки і був повністю ізольований від них. Залишається невідомим, хто у 1919-1921 роках реально виконував обов'язки президента (вважається, що це була перша леді і президентські радники), але офіційно президент залишався на своїй посаді.

«Прецедент Тайлера» поклав початок звичаю, якого суворо дотримувалися всі віце-президенти при достроковому утворенні вакансії президентської посади та який отримав конституційне закріплення прийняттям Поправки XXV, яка набула чинності в 1967 році і була ратифікована майже всіма штатами, які на той момент були членами федерації (досі не ратифікували поправку Північна Дакота, Джорджія та Південна Кароліна).

Постать віце-президента в державному механізмі США можна охарактеризувати в основному як резервну. Конституція не наділила його владними повноваженнями. Він головує на засіданнях Сенату, бере участь у засіданнях Кабінету, виконує окремі доручення президента. Але основне значення цієї посади полягає в заміщенні президента в разі його тимчасової нездатності виконувати обов'язки та в прийнятті на себе його повноважень при його достроковому звільненні.

XXV Поправка регламентувала в чіткій формі порядок переходу влади у випадках дострокового припинення повноважень президента :

«У випадку усунення Президента з посади, його смерті або відставки, Президентом стає Віце-президент.

У випадку вакантної посади Віце-президента Президент має висунути кандидата на Віце-президента, який обіймає посаду, доки не буде затверджений більшістю голосів обох палат Конгресу.

У випадку подання Президентом тимчасовому голові Сенату і спікеру Палати представників письмової заяви про неспроможність виконувати функції та обов'язки Президента і доки він не подасть їм заяву протилежного змісту, такі функції та обов'язки мають виконуватися Віце-президентом як заступником в обов'язках Президента.

У випадку подання Віце-президентом і більшістю вищих урядовців органів виконавчої влади або такого іншого органу, який встановлено Конгресом згідно з законом, тимчасовому голові Сенату і спікеру Палати представників своєї письмової заяви про неспроможність Президента виконувати свої посадові повноваження та обов'язки, Віце-президент негайно наділяється усіма посадовими повноваженнями та обов'язками як чинний Президент.

Згодом, якщо Президент подає тимчасовому голові Сенату і спікеру Палати представників письмову заяву про хибність думки щодо такої неспроможності, він повертає собі посадові повноваження та обов'язки, хіба що Віце-президент і більшість вищих урядовців або органів виконавчої влади або такого іншого органу, який буде встановлено Конгресом згідно з законом, подадуть протягом чотирьох діб тимчасовому голові Сенату і спікеру Палати представників письмову заяву про неспроможність Президента виконувати свої посадові обов'язки і повноваження. Тоді Конгрес має вирішити цю справу, зібравшись протягом сорока восьми годин, якщо це сталося у перерві між сесіями. Якщо Конгрес протягом двадцяти одного дня після одержання останньої письмової заяви або, якщо це сталося у перерві між сесіями, протягом двадцяти одного дня після того, як Конгрес мав зібратися, більшістю у дві третини обох палат вирішить, що Президент неспроможний виконувати свої посадові обов'язки і повноваження, їх має виконувати Віце-президент як чинний президент. В інших випадках Президент повертає собі посадові повноваження та обов'язки» [4; 859].

XXV Поправка передбачає і порядок заміщення посади віце-президента, якщо вона звільниться раніше, ніж сплине термін повноважень, на який його було обрано. Президент призначає віце-президента, який займає посаду після затвердження його кандидатури більшістю голосів обох палат Конгресу. Такий порядок разом з описаною вище процедурою наділення віце-президента повноваженнями президента в разі дострокового припинення повноважень

останнього може призвести до того, що посади президента та віце-президента можуть бути зайняті одночасно не обраними, а призначеними особами.

Такий прецедент мав місце в історії США. Він також пов'язаний з відставкою Р. Ніксона. Незадовго до неї, на початку 1974 року, у зв'язку з обвинуваченням у корупції, пішов у відставку віце-президент С. Агню., Р. Ніксон призначив віце-президентом Дж. Форда, який після відставки самого Ніксона став президентом. Посада віце-президента знов залишилась вакантною, і Дж. Форд призначив на неї Н. Рокфеллера.

У разі, якщо одночасно до закінчення терміну повноважень опиняться вакантними посади і президента, і віце-президента, діє Акт про правонаступництво посади Президента Сполучених Штатів 1948 р. Він встановлює цілий перелік посадових осіб (всього 15), які обіймають посаду президента, якщо вона виявиться достроково вакантною. Їх перерахування наводиться в порядку суворой ієрархії: кожна включена у перелік посадова особа обіймає посаду президента лише у тому випадку, якщо жодна з осіб, указаних в переліку раніше, не може зайняти її з поважних причин, до яких віднесені смерть, хвороба, відставка, добровільна відмова, відсторонення від посади, невідповідність вимог, що висуваються до президента. Так, якщо ані президент, ані віце-президент не можуть здійснювати повноваження глави держави, посаду президента обіймає спікер Палати представників. Якщо він цього не зробить, посада президента переходить до голови Сенату *pro tempore*. Якщо і він не може обійняти цю посаду, на неї призначається державний секретар (посадова особа, яка виконує, зокрема, функції міністра закордонних справ). Далі йде перелік інших міністрів, які можуть зайняти цю посаду.

Повноваження президента у відповідної особи починаються з моменту принесення присяги. Вступ на посаду глави держави тягне за собою відставку з попередньої посади. Відповідна особа перебуває на посаді президента США до закінчення терміну, на який був обраний президент, чиє місце вона зайняла відповідно до Акту 1948 року. Виключення складають випадки припинення обставин, що заважають виконанню обов'язків глави держави президентом або посадовою особою, яка має переважне право на зайняття цієї посади. Тоді до виконання обов'язків глави держави приступає відповідна особа [7; 72].

В історії США шістнадцять разів посада віце-президента залишалася вакантною через смерть або відставку президента чи віце-президента, вісім разів віце-президент ставав президентом внаслідок смерті попередника, а один раз дострокове припинення повноважень президента відбулося внаслідок відставки Р. Ніксона в 1974 році [6; 170].

Вищевикладене доводить, що статус президента змінився під впливом декількох поправок, це - XII, XX, XXII та XXV. Деякі з них змінили статус президента неістотно, наприклад, XXIII поправка всього лише відновила принцип справедливості, наявність якого у демократичній державі є обов'язковим. Вона встановила, що на президентських виборах Вашингтон повинен бути представлений в колегії вибірників таким же числом вибірників, яким представлений найменш населений штат. Таким чином, Вашингтон, округ Колумбія, в цьому відношенні був прирівняний в правах до решти штатів.

Деякі поправки мали вирішальне значення і для статусу президента, і для збереження демократичних цінностей, наприклад, XXII поправка. Слід підкреслити і вагомість своєчасності прийняття поправок. Так, хоча необхідність припинити порушення звичаю, спрямованого на забезпечення демократії та заборона президентам обіймати посаду більш ніж два строки поспіль була зрозуміла багатьом американцям і тоді, коли Ф. Рузвельта обирали втретє та вчетверте, проте це питання не підіймалось коли загроза для США та всього світу була настільки значною, що необхідність прийняття змін для торжества демократії здавалося (та, мабуть, і насправді було) дрібницею.

Також слід відзначити час прийняття XXV поправки: незважаючи на те, що в США вже давно існував звичай, відповідно до якого у випадку дострокового припинення повноважень президента його на посаді заміщував віце-президент, це правило отримало конституційне закріплення у той період, коли правові звичаї вже не здатні були забезпечити правовий порядок і поступово почався процес законодавчого закріплення звичаїв у вигляді правових норм.

Таким чином, за двісті з лишком років свого існування інститут президента у США пройшов еволюційний розвиток. Вагоме значення в визначенні статусу президента зіграли поправки до Конституції США, які закріпили низку правових звичаїв, потреба у регламентації яких законодавчо стала нагальною. Поправками до Конституції США було заповнено ряд прогалин в питаннях процедури обрання президента та порядку заміщення його посади в разі дострокового припинення повноважень, строків обрання президента, що існували в тогочасній політико-правовій системі США і невизначеність яких призводила до загострення політичної кризи в державі та вела до нестабільності. Закріплення законодавчо ряду ключових положень, які торкалися статусу президента, значно посилило стійкість правової системи США та баланс між владою.

**Список використаних джерел:**

1. Михалёв В. Институт президентства в современном мире // Юридичний вісник. – 2011. – №2. – С.57-63.
2. Кулик Ю. Моделі інституту президентства /Юрій Кулик. // Віче. - 2009. - № 12. - С.13-18.
3. Исэров А. Сверхразмерная демократия // Вокруг света. – 2010. – № 5 (май). – С. 82-94.
4. Конституція Сполучених Штатів Америки // Тіндалл Д. Б. Історія Америки / Джордж Браун Тіндалл, Дейвід Е. Шай; пер. з англійської: Людмила Притула, Галина Сташків, Олександра Щур. - Львів: Літопис, 2010. – С. 848-859.
5. Федералист. Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея: Пер. с англ. / Под общ. ред., с предисл. Н.Н.Яковлева, коммент. О. Л. Степановой. – М.: Издательская группа “Прогресс” – “Литера”, 1994. – 592 с.
6. Кучеренко П. А. Конституция США и эволюция президентской власти // Известия вузов. Правоведение : научно-теоретический журнал / Мин. обр. РФ; Межрегиональная ассоциация высших юридических учебных заведений. – Санкт-Петербург, 2010. – № 4 (291). – С. 164-172.
7. Федоров В. Как избирают президента США / В. Федоров. – М., 1980. – 95с.

*Стаття присвячена дослідженню статусу та повноважень президента США за Конституцією 1787 р., а також аналізу поправок до Конституції США, які вплинули на зміни в статусі президента.*

**Ключові слова:** Конституція США, поправки до конституції США, президент США, статус президента, повноваження президента.

*Статья посвящена исследованию статуса и полномочий президента США по Конституции 1787, а также анализа поправок к Конституции США, которые повлияли на изменения в статусе президента.*

**Ключевые слова:** Конституция США, поправки к конституции США, президент США, статус президента, полномочия президента.

*The article investigates the status and powers of the US president under the Constitution in 1787 and amendments to the US Constitution, which influenced the changes in the status of the president.*

**Keywords:** US Constitution, Amendment to the US Constitution, the US president, the status of the president, the president's powers.

## ЦІННІСНО-ПРАВОВА АРГУМЕНТАЦІЯ В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ: ДЕЯКІ МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ АНАЛІЗУ

Слабак Марта Михайлівна

*здобувач кафедри теорії та історії держави і права  
Львівського державного університету внутрішніх справ*

Нині вже визнано аксіоматичним, що положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) необхідно розглядати лише у контексті прецедентного права, яке створювалось ось уже протягом понад півстоліття контрольним органом регіональної системи захисту прав людини – Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд, Страсбурзький суд) [1, с.229]. Характеризуючи роль останнього, Л. Вільдхабер заявив, що цей міжнародний інститут є «нервовим центром системи захисту прав людини..., через прецеденти судової практики якого Конвенція глибоко укорінилася у правовому і духовному підґрунті країн-членів Ради Європи» [цит. за: 1, с.256]. І справді, слушність цієї думки не викликає сумнівів, позаяк у прецедентній практиці ЄСПЛ знаходять своє безпосереднє практичне втілення, набуваючи, так би мовити, «живого» змісту, основні фізичні, особистісні, політичні та інші гуманістичні цінності, задекларовані Конвенцією як основоположні права людини та як об'єкти цих прав.

**Стан наукової розробки проблеми.** Незважаючи на посилену увагу до діяльності Страсбурзького суду в українському (а як видається з огляду на доступні джерела, також і загалом у пострадянському) правознавстві (Д.А.Гудима, С.П. Добрянський, Т.І. Дудаш, П.М. Рабінович, В.А. Туманов, С.В.Шевчук та ін.), видається показовим, що питання про спеціальний аналіз власне ціннісних аспектів аргументації його рішень досі не ставилося. Відтак, з урахуванням того, що практика Суду визнана одним із джерел права в національній правовій системі України, актуалізується необхідність осмислення рішень ЄСПЛ саме в аксіолого-правовому плані.

Метою пропонованої публікації є спроба віднайдення методологічного інструментарію ціннісно-правового аналізу практики Страсбурзького суду. З огляду на прецедентний характер цієї практики та існування своєрідних типових «алгоритмів» розгляду справ Судом, у цій статті вважаємо за можливе

розглянути одне з відомих рішень ЄСПЛ – по справі Фон Ганновер проти Німеччини (*Von Hannover v. Germany*) від 24 червня 2004 року [2].

**Понятійно-термінологічні зауваги.** Осмислення заявленої проблематики навряд чи можливе без з'ясування того, а що ж, власне кажучи, становить собою явище, котре відображається поняттям «цінність». Феномен цінності, який своїм корінням сягає доби античної філософії, породжує багато дискусійних поглядів, позаяк досі не вироблено єдиного підходу до розуміння цієї категорії, яка має більше ста різноманітних варіантів тлумачення [3, с.103]. Попри усю гостроту і багатозначність окремих наукових позицій [див.: 4, с.305; 5, с.299; 6, с.67; 7, с.343], погодимось із висловленим в літературі баченням, за яким цінністю вважається об'єктивне благо, яке в силу своєї позитивної значущості здатне задовольняти потреби й інтереси суб'єкта, а також зберігає властивість об'єктивно сприяти реалізації його можливостей [8, с.10].

У правовій сфері зазвичай розмежовують два види цінностей: цінності права, стосовно яких право – це інструмент, засіб реалізації, охорони й захисту та правові цінності, тобто цінності, наділені певною власне правовою якістю [9, с.60]. Іншими словами, правовими вважають цінності, первинно властиві праву, які визначають його основу і формують догму (напр., сьогодні – це законність, справедливість, верховенство права та інші) [10, с.220]. Під цінностями права, своєю чергою, слід розуміти природні й суспільні блага, забезпечувані позитивним правом з огляду на їхню значущість й корисність для людини та суспільства [8, с.10]. Наведені визначення видаються придатними для позначення відповідних видів цінностей, які об'єктивуються у мотивувальних частинах рішень ЄСПЛ.

Вочевидь, для юридичного оцінювання, здійснюваного Страсбурзьким судом, вельми важливою є аксіолого-правова проблематика, адже у своїй діяльності ЄСПЛ ґрунтовно оцінює явища й обставини дійсності, відбирає ті факти й докази, які мають правову значимість з огляду на особливості конкретних справ [11, с.98]. Результати здійсненої оцінки Судом відображаються в мотивувальній частині рішення [12, с.141]. При цьому мотиви у рішенні Страсбурзького суду мають форму логічно переконливих, взаємопов'язаних правових аргументів, якими судді обґрунтовують правильність зроблених висновків [13, с.59].

Що ж надає правовому аргументові аксіологічної сили? Чимале значення у здійснюваних ЄСПЛ оцінках мають ті аксіологічні орієнтації, на які здебільшого неявно спираються судді під час обґрунтування рішення, оскільки вони, так чи інакше, змушені апелювати до цінностей, які поділяються тією



«аудиторію», до якої звернений текст прийнятого рішення [12, с.143]. Крім того, деякі норми права можуть бути невизначеними, а також зустрічаються випадки, для регулювання яких немає встановлених конкретних норм, тому судді часом відчують труднощі при тлумаченні статей закону й змушені вдаватися до оцінок значимості обставин справ, керуючись насамперед власними аксіологічними перевагами та моральними переконаннями, а також панівною правовою традицією [14, с.60-61]. Відтак, безсумнівний вплив ціннісно-світоглядних принципів простежується в будь-якому владно-регулятивному рішенні (в тому числі у рішеннях ЄСПЛ), де опосередковано чи прямо виражаються загальні ціннісно-правові уявлення його автора [15, с.362].

У світлі усього сказаного видається доречним подати робоче визначення поняття ціннісного аргументу (в практиці Суду): таким аргументом надалі вважатимемо окреме твердження або низку взаємопов'язаних тверджень аксіологічного характеру, які викладені у мотивувальній частині рішення Страсбурзького суду та обґрунтовують правову позицію ЄСПЛ у справі з урахуванням аксіологічних уявлень, які превалюють у суспільній свідомості сучасних країн-членів Ради Європи.

**Аксіологічні аргументи у справі Фон Ганновер проти Німеччини.** У рамках подальшого викладу звернемось до виокремлення ціннісно-правових положень в аргументації означеного рішення.

У цьому контексті важливого значення набувають обставини справи, відповідно до яких заявниця принцеса Кароліна фон Ганновер кілька разів зверталася до судів Німеччини, аби домогтися заборони на публікацію в пресі низки фотографій зі сценами повсякденних подій її життя, які були зроблені без відома заявниці (як-от, під час заняття спортом або вечері в ресторані). Вона стверджувала, що опублікуванням даних матеріалів, єдиною метою яких було задоволення цікавості читачів, порушено її право на повагу до приватного життя та право на контроль за використанням власного зображення.

Суди Німеччини відмовили їй у цьому на тій підставі, що п. фон Ганновер, безсумнівно, є так званою «публічною особою» сучасності, з огляду на особливість її походження, а тому повинна «толерантно ставитися до оприлюднення фотознімків, на яких вона зображена у громадських місцях, навіть тоді, коли це ілюстрація епізодів її приватного життя...». Правомірність таких публікацій обґрунтовувалась посиланням на свободу засобів масової інформації (далі – ЗМІ) і на законний інтерес суспільства до фактів із особистого життя відомих осіб [2]. Гадаємо, позицію національних судів певною мірою умотивовує і той факт, що статус «публічності» зобов'язує таку

персону бути цілком відкритою для громадськості, позаяк вона долучається до загальносуспільної дискусії.

Досліджуючи питання про те, чи підпадають вимоги п. фон Ганновер під охорону статті 8 Конвенції, Суд констатував, що на фотознімках, опублікування яких призвело до виникнення спору, зображено кадри, які містять інформацію про поведінку принцеси у її приватному колі. Тому, як підкреслив ЄСПЛ, у нього не виникло сумнівів стосовно того, що випадки оприлюднення фотографій заявниці охоплюються місткою категорією «приватного життя», яка, зауважимо, не знаходить вичерпного визначення в практиці Суду [16, с.112]. Втім, останній уточнив, що до обсягу цього поняття входять «елементи, пов'язані з персональними даними про особу, наприклад, з її ім'ям (...) чи зображенням (...)», а також право на фізичну і психологічну недоторканність та особистий розвиток індивіда без стороннього втручання через взаємини з іншими людьми. Зрештою, Страсбурзький суд вкотре підтвердив, що навіть у публічних місцях «існує зона взаємодії з зовнішнім світом, яка належить до «приватного» осередку» (...), внаслідок чого персону, відома громадськості, отримує право сподіватися на приватність певного рівня [2]. Тому у цій справі, на думку ЄСПЛ, важливо було дотримуватися рівноваги між захистом права, яке закріплене статтею 8 Конвенції та свободою висловлювання поглядів, що гарантується статтею 10.

Визначаючи співвідношення поміж охороною цих ситуативно конфліктуючих між собою прав, Суд підкреслив важливість свободи висловлювань як основного принципу демократії, який базується на цінностях плюралізму, толерантності, відкритості поглядів і лібералізму. Між тим, це саме та сфера, в якій захист прав та репутації індивідів, котрі є на знімках, має виняткове значення, наголосив Суд. Однією з цілей її допустимого обмеження може виступати охорона репутації особи, яка не має прямого стосунку до громадської діяльності [2].

Згідно з позицією Страсбурзького суду, вирішальним чинником узгодження захисту конфліктуючих цінностей є врахування того, чи мало опублікування фотографій п. фон Ганновер суспільний інтерес. Тут постає запитання: наскільки значущим має бути такий суспільний інтерес, аби виправдати втручання у приватну сферу людини? Попередня практика Суду переконливо свідчить про те, що підстава для втручання у приватне життя повинна бути передбачена законом, й бути достатньо точною в описанні способу, мети, моменту початку й закінчення втручання, а також визначення його меж (*Buckley v. UK, X v. Germany*) [16, с.188]. Як видається, для встановлення значимості

інформації, яку несуть світлини п. фон Ганновер для суспільства, слід було детально дослідити, за яких обставин та з якою метою робилися і розповсюджувалися ці знімки.

На думку ЄСПЛ, у цій справі було очевидним, що оприлюднені матеріали жодним чином не свідчили про виконання принцесою офіційних обов'язків, а просто розповідали про конкретні епізоди з її особистого життя. Страсбурзький суд також звернув увагу на те, що заявницю було відзнято без її сповіщення та згоди, а в деяких випадках – таємно. Навіть попри те, що п. фон Ганновер є відомою фігурою сьогодення, ЄСПЛ обґрунтував наявність порушеного права на приватність тим, що оприлюднення різноманітних фотознімків з її буденного життя, єдина мета яких полягала в задоволенні цікавості певного кола читачів, не внесло до суспільної дискусії нічого цінного, а отже не мало на меті задовольнити громадський інтерес. Ба навіть більше, ЄСПЛ наголосив, що опубліковані фото здебільшого містили надто «особисту й навіть інтимну інформацію..» про п. фон Ганновер, і тому не можуть бути належним приводом для обмеження права, гарантованого статтею 8.

Констатувавши відсутність зацікавленості загальносуспільного значення щодо спірних матеріалів, з урахуванням відмічених вище факторів, Суд зробив загальний висновок про те, що національним судам не вдалося справедливо залагодити конфлікт інтересів, який виник у справі. Відтак, ЄСПЛ одноголосно постановив, що мало місце порушення права на повагу до приватного життя принцеси у світлі гарантій, передбачених статтею 8 Конвенції [2].

Утім, незважаючи на одностайність прийнятого рішення, двоє суддів, котрі брали участь у розгляді справи, висловили окремі думки, аби навести власні аргументи, які вплинули на її результат. Так, суддя Кабрала Баррето стверджував, що інформація, яка стосується аспектів особистого життя заявниці як публічної особи, безумовно, є предметом суспільного інтересу навіть тоді, коли п. фон Ганновер не виконує ніяких державницьких функцій. Між тим її право на приватне життя превалює над свободою висловлювання поглядів у випадках, коли принцеса має «правомірні очікування» щодо його належного захисту від ЗМІ. Очевидно, виявляти ситуації, які відповідають схожим сподіванням, доволі важко: за таких умов переважатиме казуїстичний підхід. Наприклад, більшість суддів ЄСПЛ надала вагоме значення тому факту, що світлини заявниці в пляжному клубі були зроблені таємно. Однак, басейн цього клубу є громадським місцем, котре доступне широкому колу відвідувачів, зауважує суддя, відтак «не можна всерйоз сподіватись на відсутність уваги ЗМІ за цих обставин» [2].

Суддя Жупанчіч, який поділяє позицію свого колеги, пропонує віднайти належний баланс між тим, що є «особистим і таємним» й тим, що виступає «суспільним та відкритим». На його думку, неможливо відмежувати приватне життя індивіда і його поведінку на публіці, а тому слід взяти до уваги вже застосований Страсбурзьким судом критерій «правомірного очікування» недоторканності приватного життя (*Halford v. The United Kingdom*), який вдало вирішує дилему «публічності» особи та надає змогу враховувати усі нюанси кожної справи.

Тут слід уточнити зміст наведеного критерію «правомірних очікувань». З позицій функціонального аналізу стверджується, що «очікування є рольовими і водночас статусними в тому сенсі, що вони формуються як вимоги, які відповідають певним ролям і статусам, які висуваються особами одна одній в ситуаціях взаємодії» [цит. за: 15, с.439]. Продуктивною у цьому ж контексті видається позиція Д.І. Дедова, за словами якого кожній особі, яка не порушує вимоги права (саме права, а не закону), «правомірні очікування» дають змогу сподіватись, що й інші особи так само не порушуватимуть цих вимог [17, с.113]. В юридико-прикладному аспекті конструкція очікувань виступає інтегрованим ідеальним виразом різного роду потреб та інтересів [15, с.439-440]. У правозастосовній практиці використання принципу правомірних очікувань опосередковують певні поведінкові стандарти [15, с.442]. Йдеться, зокрема, й про те, що подібні очікування виникають у «ситуаціях, в яких позивач посиляється не на право у його строгому сенсі, а радше на факт, який створив у нього очікування, що він отримає право, дотримуючись певної лінії поведінки, але в результаті привів до розчарування» [цит. за: 18].

Грунтуючись на прецедентній практиці ЄСПЛ, зауважимо, що правомірні очікування, безумовно, можуть виступати об'єктом судового захисту. Як правило, Страсбурзький суд схильний застосовувати означений критерій у зв'язку із захистом основних «конвенційних» прав людини, як, наприклад, права на особисту свободу (Суд неодноразово визнавав, що усталена «практика здійснення помилювання... створює в особи правомірне очікування відновлення своєї свободи до сплину терміну ув'язнення» (*Campbell and Fell v. the United Kingdom*) [19], права на освіту («система обробки результатів вступних іспитів... дозволяє студентам сформувати правомірні очікування стосовно того, що вони зможуть вступити на університетський курс») (*Mürsel Eren v. Turkey*) [20], економічних прав (поняття «власність» включає вимоги, посиляючись на які заявник може стверджувати, що у нього існують принаймні «правомірні

очікування» отримати ефективне здійснення свого майнового права (*Bulves AD v. Bulgaria, Maltzan and Others v. Germany*) [21, 22]) тощо.

Відтак, виходячи зі змісту наведених позицій, важливо зробити декілька узагальнень щодо використаних у тексті мотивувальної частини цього рішення аксіологічних міркувань.

Як свідчить зміст аргументації рішення, центральна проблема аналізованої справи, – пошук справедливого балансу між захистом конфліктуючих цінностей (правом на повагу до приватного життя заявниці та свободою вираження поглядів), до якого вдається Страсбурзький суд, – має значною мірою аксіологічний характер. При цьому, в ім'я захисту цінності недоторканності особистого життя відомої особи, її приватності, ЄСПЛ допускає певне обмеження свободи слова. Для ілюстрації цієї ціннісної колізії наведемо декілька фрагментів з рішення. За його змістом, шукаючи «справедливу рівновагу між приватними й публічними інтересами», Суд проводить розрізнення поміж «оприлюдненням фактів, які мають значення для суспільної дискусії (як-от, щодо політиків, котрі виконують свої повноваження) і поданням подробиць із життя людини, яка не здійснює жодної громадської діяльності». При цьому, якщо преса в першій ситуації виконує роль своєрідного «контролера демократії через поширення інформації із суспільно значущих питань, то в другому випадку вона цю роль не виконує» [2]. А відтак, навіть враховуючи невід'ємне право громадськості бути поінформованою, ЄСПЛ констатує, що поширені відомості стосовно поведінки принцеси у її особистому колі не є приводом для розгортання суспільної дискусії. За такого підходу, по-перше, увиразнюється тісний взаємозв'язок аргументації Суду з аксіологічною проблематикою, по-друге, можна зауважити, що основу такої аргументації становлять ціннісні міркування, котрі стверджують пріоритет «приватних» прав заявниці у соціальному вимірі (як-от твердження про «основоположне значення захисту приватного життя особи з точки зору її розвитку, який розповсюджується за межі приватного кола й включає також соціальний аспект... у зв'язку з чим у відомої в суспільстві особи можуть виникати «правомірні очікування» захисту й поваги її приватного життя») [2]. По суті, позиція ЄСПЛ свідчить про існування певної сфери приватних відносин, так би мовити, поза «внутрішнім осередком» людини, – сфери, яка, тим не менш, підпадає під правову охорону статті 8 Конвенції. Гадаємо, такий підхід Суду, природно, розширює обсяг права, гарантованого цією статтею, в міру того, як сфера приватного життя розширюється за рахунок життя суспільного. Адже потреба індивіда у приватності ніколи не буває абсолютною, оскільки участь у

житті соціуму спонукає людину до саморозкриття й комунікації [16, с.171]. Відтак, особиста сфера людського існування виявляється нерозривно пов'язаною з іншими соціальними сферами, а приватне буття як благо постає джерелом суспільних відносин, яке утворюється публічними засобами і набуває свій сенс тільки у сфері соціальних інститутів [16, с.172-173].

При розгляді окремих думок суддів знов-таки йдеться про досягнення справедливого узгодження індивідуальних і суспільних інтересів. При цьому автори окремих думок радять послуговуватись критерієм «правомірних очікувань», який, за аналогією, зумовлює пріоритет цінності приватного життя над правом громадськості бути обізнаною щодо окремих аспектів особистого життя публічних осіб.

Слід зазначити, що право на повагу до приватності надає ЄСПЛ доволі широкий простір для еволюційного підходу до тлумачення і застосування норм Конвенції, адже останній постійно стикається з необхідністю адаптовувати положення статті 8 до мінливих реалій соціального життя в європейських країнах. В результаті аксіологічні аргументи Страсбурзького суду слугують засобами для обґрунтування значущості передусім тих особистісних цінностей, які превалюють у суспільній свідомості демократичних спільнот.

Приватне життя, безумовно, включає ту особливу сферу людської життєдіяльності, яка полягає, передусім, у розвитку міжособистісних стосунків з різним ступенем інтимності, саморозкриття, а також визначається можливістю підтримувати бажані рівні приватності у різноманітних формах взаємин [16, с. 122]. Так, американський дослідник Дж. Рейчелс, вважає, що приватне життя є цінним, тому що воно «виступає інтимним зв'язком між нашою спроможністю контролювати, хто має доступ до нас й інформації про нас, та здатністю створювати й підтримувати соціальні відносини із людьми» [23, с.290].

Вищесказане, гадаємо, дозволяє стверджувати, що право на повагу до приватного життя є не лише одним із суб'єктивних прав, закріплених «конвенційними» нормами, а, радше, це певна моральнісна грань взаємин особи і суспільства, важливий елемент індивідуальної свободи людини, який набуває статусу європейської цінності сьогодення.

***«Цінності-цілі» та «цінності-засоби» у справі Фон Ганновер.*** Забезпечуючи справедливе зважування конкуруючих інтересів учасників цієї справи, Страсбурзький суд водночас балансує й низку відповідних цінностей (іноді діаметрально протилежних), що породжує потребу у їх дослідницькій градації.

В сучасній науковій літературі існує декілька підходів до класифікації цінностей [24, с.386; 25, с.693; 26, с.35; 27, с.94; 28, с.19]. В контексті виокремлення різновидів аксіологічних аргументів, які використовуються в практиці Суду, одними з найбільш важливих видаються виокремлення індивідуальних (приватних) та суспільних (публічних) різновидів цінностей, а також класифікація цінностей за критерієм їх співвідносної значущості у життєдіяльності людини, згідно з якою поділ здійснюється на «цінності-цілі» й «цінності-засоби» (Г. Гегель, М. Шелер [4, с. 319], Дж. Дьюї, Д. Леонтьев [29, с. 15], В. Ядов [30, с.70], Н. Неновські [31, с.219-221]). Як відзначає переважна більшість дослідників, цінності-цілі, так чи інакше, асоціюються із кінцевою метою, на яку орієнтована будь-яка людська діяльність. Так, цілями виступають певні духовні або матеріальні блага, на опанування якими спрямовані зусилля індивідуального, колективного суб'єкта чи соціальної системи [32, с.50]. Натомість інструментальні цінності-засоби є принципами й моделями поведінки людини, які втілюють у собі засоби, що їх використовує суб'єкт задля досягнення «цільових» цінностей (Дж. Дьюї) [цит. за: 33, с.7]. Уявлення про цілі й засоби характеризують аксіологічну систему як ієрархію, оскільки в людській діяльності цінності-цілі домінують над інструментальними цінностями, обумовлюють їх [31, с.187].

Як видається, такий спосіб систематизації дає змогу, по-перше, визначити цінності, яким відводять пріоритетне становище самі учасники справи та Суд, а по-друге, схарактеризувати використовувані ними засоби досягнення відповідних цілей з позицій їх необхідності, придатності, адекватності, співмірності тощо. Наприклад, особиста автономія людини може бути віднесена до «цільових» цінностей у сфері приватного життя. Зі свого боку, засобом для досягнення згаданої мети слугуватиме захист особистої сфери кожної фізичної особи, а юридичними засобами, при цьому, виступатимуть право на особисту автономію й недоторканність (*I v. the UK*) [34], право «жити на максимально бажаній відстані від чужих очей» (*X. c. Islande*) [35, с.350] та інші можливості, використання яких створює необхідні умови для забезпечення особистої автономії.

Спроба продемонструвати придатність означеної типології для аксіологічного аналізу практики ЄСПЛ уже здійснювались [36, с.14-15], з огляду на що докладніше на цьому питанні не зупинятимемося.

Для цілей аксіологічного аналізу видається цікавою і систематизація, яка відображатиме «суб'єктивну» ієрархію цінностей як благ, захисту яких прагнуть учасники справи, а також судді, які залишились в меншості. Звідси

впливає поділ значимостей на ті, які обстоюються: а) заявницею, ЗМІ та державою-відповідачем; б) ЄСПЛ, а також суддями, які висловили щодо рішення окремі думки.

Розглянемо кожну із означених груп більш детально.

Серед «цільових» цінностей, які в цитованому рішенні обстоюються п. фон Ганновер, виокремимо зафіксовану нормами статті 8 Конвенції значимість приватного життя людини (зокрема й приватного життя так званих «публічних осіб»).

Свобода висловлювання поглядів, закріплена в статті 10 Конвенції, належить до категорії «публічно-приватних» (П.М. Рабінович) цінностей-цілей, котру, своєю чергою, прагнуть захистити ЗМІ та держава-відповідач, судові інстанції якої прийняли рішення на їх користь. Прикметно, що хоча більшість суддів, а також судді, котрі висловили окремі думки, звертаючись до норм статті 10 Конвенції, теж прагнуть надати захист цьому благу, їх уявлення про справедливий баланс цієї цінності з іншими цінностями, задіяними у справі, відрізняється.

Обидві цінності уособлюють собою суспільно-значущі цілі, які набувають найбільш важливого значення для учасників справи Фон Ганновер проти Німеччини. Останні спрямовують свою аргументацію на обґрунтування їх значущості, оскільки саме ці блага здатні задовольнити їх потреби та інтереси.

Із означеними цілями взаємодіють групи цінностей-засобів, за допомогою яких відбувається їх досягнення. У цьому відношенні серед юридичних засобів охорони приватного життя, які використовує п. фон Ганновер, головне значення мають право на недоторканність й повагу до її приватного життя, а також право на контроль над використанням власного зображення.

Юридичними засобами, які на національному рівні використовують ЗМІ для охорони свободи висловлювання поглядів, слугують право на відповідну свободу, свобода преси, а також право громадськості на доступ до інформації, яке, зокрема, включає право знати, як персону, «відома» широкому загалу, зазвичай поводить себе привселюдно [2].

До цінностей, яким ЄСПЛ надає переважний захист, належить фізична й психічна недоторканність п. фон Ганновер, юридичний захист її репутації та захист використання зображення заявниці від зловживань з боку сторонніх осіб. Сюди також включаємо такі публічні цінності як «соціальний аспект захисту приватного життя особи з точки зору її розвитку» [2, п.69], зону взаємодії із зовнішнім світом у публічній сфері, яка належить до «приватного» осередку [2,



п.50], а також забезпечення ефективної поваги до приватного життя людини органами державної влади [2, п.57].

Судді, які висловили окремі думки стосовно рішення, вважають «правомірні очікування» захисту і недоторканності приватного життя доцільним засобом для охорони відповідної цінності.

Варто відзначити, що юридичними засобами охорони закріпленої у Конвенції цінності приватного життя людини виступають повага як особливе моральнісне ставлення, а також, відповідно, право на повагу до нього. Право на свободу висловлювання поглядів, своєю чергою, є юридичним засобом забезпечення відповідної конвенційної свободи.

Означені категорії цінностей-засобів постають певними можливостями, умовами здійснення та утвердження відповідних цілей діяльності окремих учасників цієї справи. Вони підпорядковані «цільовим» цінностям і обумовлені ними, але, разом з тим, мають самостійне значення.

Зазначене дає підстави звернути увагу на розподіл аксіологічних аргументів ЄСПЛ, спрямованих на охорону цінностей-цілей та цінностей-засобів.

Видається доцільним спершу розглянути ті з них, які мають на меті охорону «цільових» цінностей. Це, зокрема, твердження, які обґрунтовують незаперечну цінність приватного життя «публічної людини» й «основоположне значення його захисту з точки зору її розвитку, який розповсюджується за межі приватного кола і включає також соціальний аспект...». Сюди ж включаємо міркування ЄСПЛ про «...особливу важливість захисту прав і репутації осіб у публічній сфері» [2].

До категорії аргументів, які мають на меті охорону задіяних у справі цінностей-засобів, вбачається доцільним віднести, наприклад, міркування Страсбурзького суду, за яким «у публічній сфері існує ділянка, котра належить до осередку «приватного життя», відтак кожен «за певних обставин має законне право сподіватися на захист свого приватного життя і на повагу до нього»[2].

Крім цього, важливо виокремити різновиди аксіологічних аргументів, які відображені у таких, що співпадають, правових позиціях суддів. Аналізуючи «цільову» аргументацію окремих думок, слід виділити позицію судді Кабрала Баррето, який обстоює цінність приватності принцеси, обґрунтовуючи це тим, що «...приватне життя публічних осіб продовжується й поза їхньою оселею» [2].

До аргументів, які мають на меті захист інструментальних цінностей, відносимо міркування, в яких суддя стверджує, що «у випадку, коли в публічній особі є «правомірне очікування» захисту від втручання з боку ЗМІ, її право на

повагу до приватного життя превалює над свободою висловлювання поглядів й правом громадськості бути поінформованою про деякі аспекти життя відомих осіб...». У цій ситуації критерій «правомірного очікування» недоторканності приватного життя «...надасть змогу віднайти справедливий баланс» конкуруючих прав [2].

Відтак, як і більшість суддів, які брали участь в розгляді справи, автори окремих думок у своєму прагненні забезпечити належний баланс між конфліктуючими цінностями, обґрунтовують превалювання приватного життя, яке, на їх думку, є більш пріоритетним в порівнянні з іншими потребами та інтересами, задіяними у справі.

**Баланс цільових та інструментальних цінностей.** Послугуючись викладеними вище положеннями, спробуємо дослідити одне із найбільш складних питань цієї розвідки – балансування цінностей-цілей та засобів їх досягнення у справі Фон Ганновер.

Як відомо, при застосуванні положень Конвенції Суд нерідко прагне до віднайдень належної рівноваги між різними, здебільшого протилежними правами й інтересами [37, с.120]. При цьому однією із прикметних особливостей правоінтерпретаційної діяльності Суду є застосування останнім керівного морально-правового принципу – справедливості, який опосередковує забезпечення необхідного співвіднесення, зважування й узгодження ситуативно конфліктуючих між собою потреб та інтересів учасників справ. Свого часу ще давньоримський юрист Доміцій Ульпіан зауважував, що «справедливість – це незмінне й постійне прагнення надати кожному належне йому право» (Дигести I.I.10 pr.) [38, с.86-87]. Гадаємо, що у цьому вислові знайшла своє відображення й ідея пропорційності [39, с.52], позаяк право повинне регулювати людську поведінку у такий спосіб, який потрібен для того, аби вигоди (цінності, переваги) і обтяження (витрати, зобов'язання) були розподілені справедливо, суперечливі інтереси були задоволені у порядку, відповідному до їх ваги і значущості, одним словом щоб при вирішенні конфліктів, які виникають у суспільстві, панувала справедливість [40, с.20].

Суть принципу пропорційності, який пронизує практику тлумачення та застосування ЄСПЛ різних конвенційних норм, полягає у пошуку балансу між інтересами суспільства та інтересами окремої особи [37, с.122]. Страсбурзький суд приділяє пильну увагу перевірці пропорційності вжитих заходів і поставленої легітимної мети при застосуванні обмежень тих чи інших прав і свобод [37, с.121]. Адже, як свідчить західний досвід, доволі часто національними судами та іншими органами публічної влади обираються засоби,

явно непропорційні цілям, в результаті чого невинувато дискримінуються права окремих осіб чи колективних суб'єктів. Отож, означений принцип виступає юридичною основою для встановлення «справедливого балансу» у рішеннях Суду [41, с.225].

Беручи до уваги необхідність постійного урахування ЄСПЛ відносної значущості конфліктуючих прав у рамках проведення «тесту на пропорційність», зазначимо, що вельми важливим при цьому видається процес ієрархізації правових цінностей. Побудова ціннісної ієрархії обумовлюється роллю і ступенем важливості різних потреб та інтересів, до захисту яких прагнуть учасники судових справ. Так, під час визначення належної збалансованості інтересів особи із потребами суспільства, Судом зважуються відповідні їм нерівнозначні цінності, формулюються певні принципи їх ієрархізації, а також рекомендації стосовно пізнавального процесу визначення цього «зрівноважування» [42, с.46]. У ході такого зважування правові цінності можуть у низці випадків вступати у конфлікт, конкурувати між собою. Подолання подібних конфліктів можливе, як правило, шляхом встановлення ситуативної ієрархії суперечливих інтересів (і відповідних цінностей) залежно від конкретно-ситуативної суспільно-значущої необхідності обмеження окремих із них. При цьому, звісно, окремим інтересам та цінностям надається ситуативна перевага. Себто ЄСПЛ для розв'язання існуючих аксіологічних колізій виходить передовсім із конкретно-історичного оцінювання значущості правомірних інтересів людини, характеру й ступеня можливих обмежень цих інтересів, соціальних наслідків їх обмежень. Таке оцінювання здійснюється на предмет відповідності принципам домірності, пропорційності й забезпечення у кожному випадку рівноваги інтересів [37, с.120-121].

Далі звернемось до матеріалів справи Фон Ганновер.

У цій справі мала місце гостра суперечність суспільно-значущих цінностей: приватного життя так званої «публічної особи», з одного боку, і свободи висловлювання поглядів, з іншого. В аспекті висвітлення означеної колізії виникає закономірне запитання – чи було дотримано у самому рішенні Суду справедливий баланс поміж інтересами заявниці та інтересами ЗМІ? При розв'язанні цього конфлікту більшість суддів, а також судді-автори окремих думок, беручи до уваги значимість свободи висловлювання поглядів у демократичних спільнотах, зрештою, визнали правомірним певне обмеження її реалізації у зв'язку із захистом права принцеси на приватність. Така позиція мотивована тим, що публікація спірних матеріалів переслідувала виключно мету задоволення цікавості певного кола читачів щодо деталей із особистого

життя принцеси. Цінність означеної мети, вочевидь, не може переважити значущості охорони приватності. Домірність обмеження свободи висловлювання поглядів обумовлювалось й тим, що воно не посягає на саму сутність цієї свободи й не призводить до цілковитої втрати можливості її здійснення. Відтак, встановлений у рішенні баланс можна вважати оптимальним для узгодження різноспрямованих інтересів учасників справи, позаяк, обмеження права на приватність у даній ситуації не видається виправданим. Ба більше, мислимо, що висловлені у справі позиції ЗМІ почасти умотивовував хоча й не озвучений, однак, тим не менш, примітний комерційний інтерес, який, відтак також неминуче має виступати об'єктом оцінювання. На наш погляд, за цих обставин припущення про відсутність фактів порушення приватних прав заявниці і обмеження їх захисту свідчило б про явну неповагу до приватного життя принцеси.

Отже, ретельне дослідження і співставлення значущості інтересів учасників справи дало змогу Страсбурзькому суду встановити справедливий баланс правових цінностей у рішенні. Наведений аналіз засвідчує, що в основі здійснюваної Судом ціннісно-правової аргументації лежить оцінка соціальних інтересів. Відтак, є підстави вважати, що аксіологія права може успішно реалізуватись на базі його соціології.

**Деякі висновки.** Викладене дає змогу сформулювати низку позицій, які, на наш погляд, можуть стати передумовою для подальшого дослідження аксіологічної проблематики у рішеннях ЄСПЛ.

Отож, розгляд аксіолого-правових засад практики Страсбурзького суду, видається можливим на основі таких пізнавальних операцій: 1) визначення у мотивувальній частині рішення Суду ціннісних аргументів, які торкаються обставин конкретної справи, та з'ясування їх ролі у мотивуванні рішення; 2) виявлення тих цінностей, які захищаються учасниками справи (на національному рівні та в ЄСПЛ) та 3) встановлення їх зв'язку із задіяними у справі потребами та інтересами, а також виокремлення різновидів використаних у рішенні аксіологічних аргументів; 4) характеристика способів здійсненого Судом балансування тих цінностей та інтересів, конфлікт між якими розв'язується у рішенні.

Гадаємо, пропонована методика буде неповною, якщо не вказати також і на необхідність здійснити порівняльний аналіз фактично здійснених Судом способів балансування цінностей та інтересів, конфлікт між якими розв'язується у рішенні, та альтернативних їм підходів. Такий аналіз, вочевидь, вимагає урахування не тільки позицій суддів, які залишились у меншості, але

також і філософсько-правових позицій з питання, що розглядається. Саме у виконанні цього завдання вбачаються перспективи подальшої розробки обраної проблематики.

**Список використаних джерел:**

1. Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України : навчальний посібник / Авт. кол. : М.В. Мазур, С.Р. Тагієв, А.С. Беніцький, В.В.Кострицький. – Луганськ : РВВ ЛДУВС, 2006. – 600 с.
2. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Фон Ганновер проти Німеччини» від 26 червня 2004 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980\\_324](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_324)
3. Сліпець П. П. Політичні цінності : теорія і методологія пізнання та реалізації : монографія / П.П. Сліпець. – К. : Знання України, 2009. – 251 с.
4. Шелер М. Формализм в этике и материальная этика ценностей // М.Шелер / Избранные произведения : пер. с нем. / пер. Денежкина А.В., Малинкина А. Н., Филлипова А. Ф. – М. : Изд. Гнозис, 1994. – С. 259-339.
5. Франкл В. Человек в поисках смысла : сборник / В. Франкл ; пер. с англ. и нем. Д.А. Леонтьева, М.П. Папуша – М. : Прогресс, 1990. – 300 с.
6. Анисимов С.Ф. Введение в аксіологію / С.Ф. Анисимов. – М., 2001. – 128 с.
7. Дробницкий О. Г. Мир оживших предметов. Проблема ценности и марксистская философия / О. Г. Дробницкий. – Москва : Политиздат, 1967. – 351 с.
8. Рабинович П. М. Социалистическое право как ценность. Изд. 2-е, стереотипное / П.М. Рабинович. – Одесса : «Юридична література», 2006. – 167 с.
9. Філософія права : проблеми та підходи : навч. посіб. для студ. спец. «Правознавство» / за заг. ред. П.М. Рабіновича. – Львів, 2005. – 290 с.
10. Мельничук О. Аксіологічні основи права / О. Мельничук, К.Горобець // Право України. – 2010. – С. 220-224.
11. Рабінович П. М. Страсбурзьке правосуддя : філософсько-антропологічні та гносеологічні засади / П.М. Рабінович // Проблеми філософії права. – С. 94-102.
12. Юридична аргументація : Логічні дослідження. Колективна монографія / за заг. ред. проф. О. М. Юркевича. – Х., 2012. – 211 с.

13. Щеглов В. Н. Законность и обоснованность судебного решения по гражданско-правовому спору / В.Н. Щеглов. – Новосибирск, 1958. – 88 с.
14. Дворкин Р. О правах всерьез / Пер. с англ.; Ред. Л.Б. Макеева. – М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2004. – 392 с.
15. Рабінович С. П. Природно-правові підходи в юридичному регулюванні : монографія / С. П. Рабінович. – Львів : ЛДУВС, 2010. – 575 с.
16. Серьогін В. О. Конституційне право особи на недоторканність приватного життя (прайвесі) : проблеми теорії та практики : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01, 12.00.02 / В. О. Серьогін. – Х., 2011. – 437 с.
17. Дедев Д. И. Юридический метод : научное эссе / Д.И. Дедев. – М.: "Волтерс Клувер", 2008. – 160 с.
18. Барбук А. Защита законных ожиданий и прямое применение международного права / А. Барбук // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 2002. – № 3 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://elib.org.ua/>
19. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Campbell and Fell v. the United Kingdom» від 28 червня 1984 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57456>.
20. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Mürsel Eren v. Turkey» від 7 лютого 2006 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-72293>.
21. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Bulves» AD v. Bulgaria» від 22 січня 2009 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90792#{%22itemid%22:\[%22001-90792%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90792#{%22itemid%22:[%22001-90792%22]})
22. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Maltzan and Others v. Germany» від 2 березня 2005 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68660#{%22itemid%22:\[%22001-68660%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68660#{%22itemid%22:[%22001-68660%22]})
23. Rachels J. Why privacy is important / J. Rachels // Philosophical dimensions of privacy: an anthology / ed. F. D. Schoeman. – NY : Cambridge University Press, 1984. – P. 290-299.
24. Риккерт Г. О системе ценностей / Риккерт Г. // Риккерт Г. Науки о природе и науки о культуре : пер. с нем. – М.: Республика, 1998. – С. 365-391.
25. Perry R. B. General Theory of Value. – Cambr. : Cambr. Univ.Press, 1960. – 702 p.

26. Дробницкий О. Г. Мир оживших предметов. Проблема ценности и марксистская философия / О. Г. Дробницкий. – М. : Политиздат, 1967. – 351 с.
27. Столович Л. Н. Об общечеловеческих ценностях / Л. Н. Столович // Вопросы философии. – 2004. – № 7. – С. 86-97.
28. Утченко С. Л. Две шкалы римской системы ценностей / С. Л. Утченко // ВДИ. – 1972. – № 4. – С. 19-33.
29. Леонтьев Д.А. Ценность как междисциплинарное понятие : опыт многомерной реконструкции // Вопросы философии. – 1996. – № 4. – С. 4-36.
30. Ядов В. А. Саморегуляция и прогнозирование социального поведения личности / Под. ред. В.А. Ядова. – Л. : Наука, 1979. – 264 с.
31. Неновски Н. Право и ценности / Вступ. ст. и пер. В.М. Сафронова ; под ред. В.Д. Зорькина. – М. : Прогресс, 1987. – 248 с.
32. Малишев Б. В. Правова система (телеологічний вимір) : монографія / Б.В. Малишев ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К. : Дакор, 2012. – 363 с.
33. Пашук Т. І. Право людини на ефективний державний захист її прав та свобод : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Т.І.Пашук ; Львів. нац. ун-т ім. І.Франка. – Львів, 2006. – 16 с.
34. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «I. v. the United Kingdom» від 7 липня 2002 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pfc.org.uk/caselaw/I%20v%20United%20Kingdom.pdf>
35. Неделек Б. Стаття 8 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод // Європейська конвенція з прав людини : основні положення, практика застосування, укр. контекст. – К. : ЗАТ «Віпол», 2004. – С. 347- 400.
36. Слабак М.М. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: аксіологічні аспекти : матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Правові реформи в Україні: реалії сьогодення», Харків, 08-09 червня 2013 року. – Харків : ГО «Асоція аспірантів-юристів», 2013. – С.14-17.
37. Дудаш Т.І. Практика Європейського суду з прав людини : навч.-практ. посіб. / Т.І. Дудаш. – К. : Алерта, 2013. – 368 с.
38. Памятники римского права : Законы 12 таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М. : Зерцало, 1997. – 608 с.
39. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : Монографія. – Х. : Право. – 240 с.
40. Циппеліус Р. Юридична методологія. – Чернівці : "Рута", 2003. – 184 с.
41. Шевчук С. В. Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод: практика застосування та принципи тлумачення у контексті

сучасного українського праворозуміння // Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 1999. – № 2. – С. 221-238.

42. Рабінович П.М. Домінуюча у суспільстві мораль як чинник інтерпретації та критерій підставності обмеження прав людини (за мат. Страсбурзького суду) / П. М. Рабінович // Закон України «Про захист суспільної моралі» : можливості вдосконалення. – Львів, 2010. – С. 46-51.

*У статті здійснено спробу віднайдення методологічного інструментарію для аксіолого-правового осмислення практики Європейського Суду з прав людини на основі розгляду рішення у справі Фон Ганновер проти Німеччини*

**Ключові слова:** *Європейський Суд з прав людини, аксіологічний аргумент, цінність, цінності-цілі, цінності-засоби*

*В статье осуществлена попытка нахождения методологического инструментария для аксиолого-правового осмысления практики Европейского Суда по правам человека на основе рассмотрения решения по делу Фон Ганновер против Германии*

**Ключевые слова:** *Европейский Суд по правам человека, аксиологический аргумент, ценность, ценности-цели, ценности-средства*

*In the article made an attempt to the finding of the methodological tools for aksiolocho and legal comprehension practice of the European Court of Human Rights based on consideration of a decision in the case Von Hannover v. Germany*

**Key words:** *European Court of Human Rights, axiological argument, value, values-goals, values-tools*



## **СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ЗМІНА ПРАВОВІДНОШЕННЯ», «ПРИПИНЕННЯ ПРАВОВІДНОШЕННЯ», «ЗМІНА ПРАВА» ТА «ПРИПИНЕННЯ ПРАВА» У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ**

**Ромашенко Іван Олегович**

*кандидат юридичних наук*

*асистент кафедри цивільного права юридичного факультету  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*



Зміна та припинення цивільного правовідношення за змістом ст. 16 Цивільного кодексу (надалі за текстом – «ЦК») України вважаються способами захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів. При цьому зазначені терміни характеризують не лише сферу захисту цивільних прав, тобто правовідношення може змінюватись чи припинятись за відсутності відповідних фактичних та юридичних підстав для захисту, наприклад, у випадку досягнення сторонами договору домовленості про зміну умов чи розірвання договору. Відтак, поняття зміни та припинення правовідношення відображають його динаміку не тільки за наявності девіантної поведінки зобов'язаної особи, а і в інших передбачених законом випадках. Різноманіття юридичних фактів, що є підставами для зміни і припинення правовідношення, та їх виникнення у практиці учасників цивільних відносин зумовлює практичну значимість та відповідну актуальність дослідження вказаних термінів.

Нерідко у наукових джерелах йде мова також про зміну та припинення прав певних суб'єктів [1]. Метою цієї статті є з'ясування критеріїв розмежування термінів «зміна правовідношення», «припинення правовідношення», «зміна цивільного права» і «припинення цивільного права».

Без сумніву, зміну та припинення прав не слід ототожнювати з поняттям «зміна та припинення правовідношення». Це впливає насамперед з того, що суб'єктивне право нарівні з юридичним обов'язком структурно входить до юридичного змісту будь-якого правовідношення, яке охоплює в собі права та обов'язки суб'єктів. В той же час, становить науковий інтерес можливість такої зміни права, яка б не вважалась зміною цивільного правовідношення. Як відзначав О.О. Красавчиков, рух правовідношення – це рух також суб'єктивних

прав, однак рух останніх ще не означає руху правовідношення загалом. Такий висновок вчений ілюструє ситуацією, при якій правомочність перетворюється у право вимоги, коли цивільне правовідношення в цілому впливу не зазнає [2, с. 77, 79]. Втім, наведений вченим приклад відображає ситуацію «приведення права у бойову готовність» в результаті його порушення [3, с. 81], коли настає можливість реалізації права, а тому уявляється, що такі процеси не є ані зміною правовідношення, ані зміною права. Натомість О.С. Іоффе зазначає, що зміна правовідношення може в той же час розглядатися як зміна прав та обов'язків його суб'єктів. В якості прикладу приводиться перетворення відносин з майнового найму у відносини з відшкодування безпідставного збагачення, коли право наймодавця вимагати від наймача повернення в обумовлений строк предмета найму замінюється на право вимагати від наймача безпідставного збагачення від неправомірного продажу предмета найму добросовісному набувачу [4, с. 61]. Відтак, підхід, запропонований проф. О.С. Іоффе, дає підстави визнати будь-яку зміну права (а вірніше правомочностей, що лежать в основі права) зміною правовідношення. В розвиток вказаного підходу слід зазначити, що не будь-яка зміна правовідношення є зміною окремих прав та обов'язків у правовідношенні, оскільки можливе припинення частини прав та обов'язків у правовідношенні, яке призводить до того, що правовідношення в цілому продовжує існувати, але у зміненому вигляді. Так, якщо у складному правовідношенні у однієї із сторін є декілька прав (наприклад, право вимагати передачі товару і право на інформацію про товар), одне з яких припиняється, то відповідно загалом правовідношення змінюється. Разом з тим, у простих правовідносинах, в яких одній стороні правовідношення належить одне право [5, с. 15; 6, с. 497], якому кореспондує відповідний єдиний юридичний обов'язок іншої сторони, зміна правовідношення буде означати в тому числі і зміну права, а припинення правовідношення – припинення права.

Втім, навіть у простих правовідносинах, що не ускладнені множинністю прав та обов'язків суб'єктів, виявлення критеріїв для відмежування зміни правовідношення від його припинення є непростим, але необхідним завданням, оскільки вимоги про зміну та припинення правовідношення, незважаючи на подібність, в одному позові не можуть поєднуватися, як це іноді трапляється на практиці [7]. Зміна правовідношення може відбуватись по лінії суб'єкта, об'єкта чи змісту правовідношення [8, с. 12], однак залишається невирішеним питання, де знаходиться межа зміни правовідношення, після якої правовідношення вже перестає існувати у попередньому вигляді, припиняє своє існування та стає новим юридичним зв'язком. Так, В.Б. Ісаков вказував, що зміна одного з

елементів правовідношення (суб'єкт, об'єкт та зміст) – це, як правило, зміна правовідношення, а зміна двох чи тим більше трьох елементів майже завжди призводить до припинення попереднього зв'язку і до виникнення нового [9, с. 66]. Відзначаючи оригінальність запропонованого підходу, К.С. Безік звертає увагу на відсутність критеріїв для відмежування зміни правовідношення від його припинення, у зв'язку з чим вважає за доцільне використовувати в якості такого критерію законодавче визначення ситуації, при якій зобов'язання припиняється при одночасному виникненні нового, і такою ситуацією є новація [10, с. 74]. Разом з тим, автор в своєму дослідженні використовує визначення новації, наведене в п. 1 ст. 414 ЦК Російської Федерації, яке дещо відрізняється від змісту ч. 2 ст. 604 ЦК України, присвяченої новації. На відміну від новації за цивільним законодавством України, новація за ЦК Російської Федерації означає домовленість, що передбачає інший предмет чи спосіб виконання, в той час як за ЦК України новацією може бути будь-яка домовленість сторін про заміну первісного зобов'язання новим між тими ж сторонами. Подібний російському законодавчий підхід в цій сфері також вміщений в цивільних кодексах інших держав – учасниць СНД, серед яких ч. 1 ст. 384 ЦК Республіки Беларусь, ч. 1 ст. 430 ЦК Республіки Вірменія, ч. 1 ст. 372 ЦК Республіки Казахстан, ч. 1 ст. 347 ЦК Республіки Узбекистан [11, с. 262]. Цікаво, що, незважаючи на такі положення законодавства України, в судовій практиці України було сприйнято «звужений» підхід до розуміння новації, оскільки вищі судові інстанції наголошують на тому, що «нове зобов'язання повинно містити умови про інший предмет або про інший спосіб виконання зобов'язання» [12; 13; 14], що свідчить про дієвість зазначених критеріїв.

Такі твердження є справедливими щодо зобов'язань, оскільки новація відноситься до припинення зобов'язання за домовленістю сторін (ч. 2 ст. 604 ЦК України). Предметом виконання зобов'язання в літературі іменується майно, робота або послуга, яку в силу зобов'язання боржник повинен передати, виконати або надати кредитору [15, с. 890]. В свою чергу, об'єкт правовідношення в науці цивільного права класично визнається «тим, на що направлена поведінка зобов'язаної особи, насамперед річ» [16, с. 195]. О.С. Іоффе в своїй роботі 1949 р. не погоджувався з віднесенням речей до об'єктів, оскільки останні не в змозі реагувати на дію, здійснювану правом [4, с. 97], але в подальшому свою позицію модифікував, виділяючи три рівня об'єктів цивільних правовідносин, відповідно юридичний, ідеологічний та матеріальний об'єкти [17, с. 678]. Можливість віднесення і дій, і речей до об'єктів цивільних правовідносин узгоджується із багатоманіттям цивільних правовідносин [18, с.

410]. За таких обставин речі, роботи та послуги, що відносяться до предмета виконання зобов'язання, становлять також об'єкт цивільного правовідношення. Так, в договорі купівлі-продажу матеріальним об'єктом правовідношення і одночасно предметом виконання зобов'язання вважатиметься майно, яке підлягає передачі. При цьому, зміна предмета виконання зобов'язання впливатиме не лише на об'єкт такого правовідношення, але й також і на його зміст, оскільки права та обов'язки суб'єктів тісно пов'язані з власне діями таких суб'єктів.

Що стосується способу виконання зобов'язання, то останній виступає якісною характеристикою одночасно об'єкта та змісту цивільного правовідношення. На відміну від предмета виконання, функцією якого є відповідь на питання «що?», спосіб виконання призначений для відповіді на питання «як?». В практиці арбітражних судів Російської Федерації, де, як вже було вище зазначено, предмет та спосіб виконання набули законодавчого закріплення, склались наступні правила тлумачення норм про спосіб виконання зобов'язання по відношенню до розрахункових відносин. З одного боку, як вважають суди, угода сторін, за якою змінюються строки і порядок розрахунків за кредитним договором, не означає зміни способу виконання зобов'язання, оскільки такий спосіб (вплата грошових коштів кредитору) залишається попереднім [19, с. 101]. З іншого боку, Федеральним арбітражним судом Північно-Західного округу було визнано новацією угоду про погашення заборгованості, оформлену графіком з іншим способом розрахунків, попри вказані в касаційній скарзі заперечення [20]. В останньому випадку необхідно брати до уваги ту обставину, що форма розрахунків змінювалася після настання факту прострочення виконання зобов'язання, у зв'язку з чим *de facto* невиконані дії боржника замінювалися на інші, з відмінним від попереднього порядком їх виконання.

Отже, зміна предмета та способу виконання зобов'язань неодмінно впливає на об'єкт та зміст таких правовідносин, але зміна об'єкта та змісту зобов'язального правовідношення не завжди означає його припинення. Наприклад, при зміні кількості товарів, що підлягають поставці, або при зміні вартості таких товарів правовідношення не припиняється. Верховний Суд України також не знайшов підстав кваліфікувати зміну умов діючого зобов'язання як новацію правовідношення застави (іпотеки), коли зміна полягала у заміні боржника, виконання грошових зобов'язань якого за кредитним договором забезпечувало зобов'язання застави (іпотеки) [21, с. 45]. Разом з тим, у випадку заміни, наприклад, рухомого майна на нерухоме у

договорі купівлі-продажу може йти мова про припинення зобов'язання, а також виникнення на його основі нового правовідношення. Найбільш складним прикладом зміни правовідношення є зміна одночасно в декількох напрямках, наприклад, при заміні боржника та прощенні йому частини боргу або покладенні додаткових обов'язків.

Попри те, що за змістом ч. 1 ст. 509 ЦК України зобов'язання є правовідношенням, у якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь іншої сторони (кредитора) певну дію або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку, проблема залишається з тими цивільними правовідносинами, які не є зобов'язаннями, оскільки не є очевидним, що новацію слід визнати підставою припинення будь-яких цивільних правовідносин, зокрема, в силу того, що терміни «предмет виконання» і «спосіб виконання» є характерними насамперед для зобов'язального права. В інших цивільних правовідносинах відбувається виконання не зобов'язання, а обов'язків у правовідношенні. Наприклад, власник речі зобов'язаний вживати заходів до запобігання виникненню шкоди здоров'ю громадян і навколишньому середовищу при здійсненні його права власності [22, с. 511], а власникові протистоїть необмежена й завідомо не визначена кількість осіб, яким заборонено порушувати таке суб'єктивне право і створювати перешкоди в його здійсненні [23, с. 530]. Попри те, що виконання зазначених обов'язків матиме певний предмет та спосіб, зокрема, дії всіх та кожного мають виражатися у належному і шанобливому ставленні до об'єкта права власності, однаково бракує підстав для висновку, що зміна предмета чи способу виконання зазначених обов'язків призведе до припинення будь-якого цивільного правовідношення через відсутність достатнього забезпечення цих правових наслідків необхідними фактичними обставинами.

За таких обставин, існують підстави погодитись з К.С. Безіком у доцільності використання предмета та способу виконання як критеріїв для відмежування зміни правовідношення від його припинення, але лише в частині зобов'язальних правовідносин. Таким чином, у випадку заміни предмета або способу виконання зобов'язання відбувається припинення попереднього правовідношення, а не його зміна, а також виникнення нового правовідношення.

Отже, вищевказані судження в сукупності дають можливість зробити такий висновок з питання розмежування зміни та припинення цивільного правовідношення: зміна правовідношення полягає у зміні його суб'єкта, об'єкта чи змісту, а припинення правовідношення – у припиненні всіх прав та

обов'язків сторін правовідношення. Крім того, додатковими критеріями відмежування зміни від припинення правовідношення у зобов'язаннях є предмет та спосіб виконання: якщо зміна є настільки суттєвою, що стосується предмета чи способу виконання зобов'язання, що невідворотно позначається на об'єкті та змісті такого правовідношення, то відповідно має місце припинення попереднього правовідношення та виникнення нового.

У майбутньому об'єктом уваги представників доктрини цивільного права може стати питання про можливість застосування таких критеріїв як предмет та спосіб виконання для відмежування зміни правовідношення, яке не є зобов'язальним, від його припинення.

### **Список використаних джерел:**

1.Носік Ю.В. Підстави виникнення, зміни та припинення прав на комерційну таємницю в Україні / Ю.В. Носік // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. - № 1 (51). – С. 86-94.

2.Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве / О.А. Красавчиков. – М.: Госюриздат, 1958. – 182 с.

3.Маркин А.В. Юридическая ответственность и правоотношение / А.В. Маркин // Вектор науки ТГУ. – 2010. - № 2 (12). – С. 79-81.

4.Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / О.С. Иоффе. – Л.: Издательство Ленинградского Университета, 1949. – 144 с.

5.Кожевников В.В. Проблемы классификации правоотношений / В.В. Кожевников // Вестник Омского университета. Серия «Право». – 2010. – № 3 (24). – С. 14-16.

6.Червонюк В. И. Теория государства и права: учебник / В. И.Червонюк. - М.: ИНФРА-М, 2006. – 704 с.

7.Ухвала Севастопольского апелляційного господарського суду від 20 жовтня 2010 р. у справі № 5002-33/3428-2010. – Режим доступу [Електронний ресурс]: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12183689>.

8.Ромашенко І.О. Зміна та припинення цивільного правовідношення як способи захисту цивільних прав: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03 «Цив. право і процес; сім. право; міжн. прив. право» / І.О. Ромашенко. — Київ, 2014. — 18 с.

9.Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве / В.Б. Исаков. – М.: Юридическая литература, 1984. – 144 с.

10.Безик К.С. Одностороннее изменение и расторжение договоров в гражданском праве Российской Федерации: монография / К.С. Безик. – Иркутск: Издательство ИГУ, 2012. – 220 с.

11.Боднар Т.В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: (Заг. положення): Навч. посіб / Т.В. Боднар. – К.: Юстиніан, 2007. – 280 с.

12.Постанова Вищого господарського суду України «Про стягнення інфляційних збитків за договором про створення (передачу) науково-технічної продукції та договором уступки права вимоги» від 22 листопада 2006 р. у справі № 10/76-06 [Електронний ресурс] // Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН.

13.Постанова Вищого господарського суду України «Про стягнення кредиторської заборгованості» від 16 грудня 2009 р. у справі № 10/196-09 [Електронний ресурс] // Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН.

14.Постанова Вищого господарського суду України «Про стягнення суми боргу у зв'язку з неналежним виконанням договорів» від 31 березня 2010 р. у справі № 7/574 [Електронний ресурс] // Система інформаційно-правового забезпечення ЛІГА:ЗАКОН.

15.Гражданское право: учебник: Том 1 / [под ред. А.П. Сергеева]. – М.: ТК Велби, 2009. – 1008 с.

16.Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М.М. Агарков // Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Том 1 / М.М. Агарков. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – 490 с.

17.Иоффе О.С. Спорные вопросы учения о правоотношении / О.С. Иоффе // Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». – М.: Статут, 2000. – 777 с.

18.Ровный В.В. Объект гражданского правоотношения: уровень разработки проблемы и вариант её решения / В.В. Ровный // Цивилистические исследования: ежегодник гражданского права / [под ред. Б.Л. Хаскельберга, Д.О. Тузова]. – М.: Статут, 2006. – Вып. 2. – С. 398-427.

19.Обзор практики применения арбитражными судами статьи 414 Гражданского кодекса Российской Федерации: информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 декабря 2005 г. № 103 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 2006. - № 4. – С. 100-107.

20.Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 26 декабря 2000 г. Дело № А56-21261/2000 [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: справочная правовая система.

21.Зуєвич Л.Л. Про відсутність новації у разі відсутності припинення первісного зобов'язання новим / Л.Л. Зуєвич // Вісник господарського судочинства. – 2011. – № 4. – С. 42-45.

22.Цивільне право України: В 2-х томах. Том 1: Підручник / [за ред. д-ра юрид. наук, проф. Є.О. Харитонов, канд. юрид. наук Н.Ю. Голубевої]. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. – 832 с.

23.Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / [за відповід. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця]. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. 1. – 832 с.

*Публікація присвячена аналізу співвідношення понять «зміна правовідношення», «припинення правовідношення», «зміна права» та «припинення права». Шляхом застосування порівняльно-правового та системно-структурного методів дослідження виокремлено критерії для відмежування зміни правовідношення від припинення правовідношення у цивільному праві. Для зобов'язань такими критеріями запропоновано вважати предмет та спосіб виконання, що у науці цивільного права використовуються для позначення такої підстави припинення зобов'язання як новація. Зміна предмету та способу виконання зобов'язання невідворотно впливає на зміну об'єкта та змісту зобов'язання і призводить до припинення такого правовідношення. В свою чергу, зміна зобов'язального правовідношення, що не стосується зміни предмета чи способу виконання, може відбуватися по лінії суб'єкта, об'єкта чи змісту.*

**Ключові слова:** зміна правовідношення, припинення правовідношення, зміна права, припинення права.

*Публикация посвящена анализу соотношения понятий «изменение правоотношения», «прекращение правоотношения», «изменение права» и «прекращение права». Путем применения сравнительно-правового и системно-структурного методов исследования выделено критерии для отграничения изменения правоотношения от прекращения правоотношения в гражданском праве.*

**Ключевые слова:** изменение правоотношения, прекращение правоотношения, изменение права, прекращение права.



*Article is devoted to the correlation of notions “change of legal relationship”, “termination of legal relationship”, “change of right” and “termination of right”. Through the application of comparative and structural research methods the criteria to distinguish change of legal relationship from termination of legal relationship in civil law are pointed out.*

**Key words:** *change of legal relationship, termination of legal relationship, change of right, termination of right.*

## КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ЗАБОРОНА ЩОДО ДОВЕДЕННЯ БАНКУ ДО НЕПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ: СУМНІВНА ЗАКОНОДАВЧА НОВЕЛА

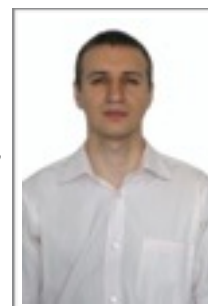
**Дудоров Олександр Олексійович**

*завідувач кафедри кримінального права та правосуддя  
Запорізького національного університету,  
доктор юридичних наук, професор,  
заслужений діяч науки і техніки України*



**Мовчан Роман Олександрович**

*доцент кафедри професійних та спеціальних дисциплін  
Луганського державного університету  
внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка,  
кандидат юридичних наук, доцент*



*Капіталізм без банкрутства –  
те саме, що християнство без пекла  
(Phillippe A. The Economics of  
Bankruptcy Reform. – Cambridge, 1992. –  
P.5).*

2 березня 2015 р. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності пов'язаних із банком осіб» № 218-VIII (далі – Закон № 218-VIII). Ухвалення цього документа слід вважати спробою законодавця відреагувати на кризові явища у вітчизняній банківській системі, спровоковані нестабільною політичною ситуацією в Україні, війною на Донбасі, коливаннями курсу національної валюти, внаслідок чого лише за останній рік до числа неплатоспроможних було віднесено більше сорока банків. Однак, на думку ініціатора прийняття Закону № 218-VIII (а суб'єктом законодавчої ініціативи в цьому разі виступив Президент України), значне погіршення фінансового становища банків, що відбулося останнім часом, пов'язане не лише зі згаданими об'єктивними факторами, а і з чинниками суб'єктивного характеру, зокрема, здійсненням банками ризикових операцій, у тому числі надмірного кредитування пов'язаних із банком осіб, та приховуванням таких операцій від

регулятора шляхом подання недостовірної звітності. З огляду на вказані обставини і була сформована мета відповідного законопроекту – посилення відповідальності пов'язаних із банком осіб. За задумом суб'єкта законодавчої ініціативи, одним із кроків, який слугуватиме запорукою реалізації задекларованої мети, є запровадження кримінальної відповідальності пов'язаних із банком осіб, зокрема, керівника банку, контролера банку та іншого власника істотної участі в банку за вчинення будь-яких дій, що призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі або кредитору.

Специфіка економічних процесів в банківському сегменті є такою, що може викликати часті випадки неплатоспроможності (банкрутства) кредитних організацій. Це, своєю чергою, тягне за собою ризики порушення прав кредиторів таких організацій – причому у випадках як кримінальних банкрутств, так і ринкових банкрутств, які відбуваються в передбаченому законодавством порядку [1, с. 3].

Ініціатива Президента України була сприйнята парламентаріями, наслідком чого стало доповнення Кримінального кодексу України (далі – КК) ст. 218-1 «Доведення банку до неплатоспроможності». Включення до КК аналізованої заборони ставить перед кримінально-правовою наукою низку питань, починаючи з доцільності самого факту існування подібної кримінально-правової заборони та визначення її місця в системі вітчизняного кримінального законодавства і закінчуючи конструюванням відповідної статті кримінального закону. Спробуємо відповісти на ці питання.

У кримінально-правовій доктрині до загальновизнаних відноситься положення про те, що при включенні в КК нової статті вона поміщається у відповідний розділ Загальної або Особливої частини, як правило, услід за статтею, найбільш близькою до неї за змістом. Новій статті надається номер попередньої статті і додатковий цифровий індекс – 1, 2, 3 і т. д. [2, с. 42].

Законодавець вирішив присвоїти статті, якою передбачено кримінальну відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності, номер 218-1. За цією логікою, найбільш близьким за змістом до посягання, передбаченого аналізованою кримінально-правовою заборonoю, слід визнавати діяння, описуване у виключеній на підставі Закону України від 15 листопада 2011 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» ст. 218 КК, якою, нагадаємо, передбачалась відповідальність за фіктивне банкрутство. Проте навіть поверховий аналіз ст. 218-1 КК дозволяє стверджувати, що

найбільш близькою до неї за змістом (як, до речі, і за назвою) і до того ж загальною нормою, щодо якої вона виступає як спеціальна, є ст. 219 КК «Доведення до банкрутства». Скориставшись класифікацією спеціальних норм за предметом, запропонованою В. Кучером [3, с. 112], ст. 218-1 КК слід відносити до різновиду підпорядковано-спеціальних норм, для яких характерним є збіг основних об'єктів передбачених ними злочинів з об'єктами злочинів, передбачених відповідними загальними нормами (у нашому випадку це ст. 219 КК), а основна відмінність полягає у ступені небезпечності караних за ними посягань. Норми про такі склади злочинів повинні розташовуватись або в одній статті із загальною нормою, або в окремій статті поряд із статтею, що передбачає загальну норму.

Таким чином, присвоєння досліджуваній кримінально-правовій новелі номеру 218-1 суперечить як загальним правилам розміщення нових статей в кримінальному законодавстві, так і правилам розташування підпорядковано-спеціальних норм. На нашу думку, кримінально-правова норма, в якій йдеться про доведення банку до неплатоспроможності, мала б бути розміщена або безпосередньо в ст. 219 КК (наприклад, в її частині 2), або услід за ст. 219 «Доведення до банкрутства» з присвоєнням їй порядкового номеру «219-1».

Постає і більш важливе питання: наскільки виправданим було рішення про доповнення КК спеціальною нормою, присвяченою відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності?

Досліджуючи спеціальні кримінально-правові норми, М. Свідлов відзначає, що виділення таких норм є закономірним наслідком тенденції диференційованого регулювання, яка є притаманною для всіх галузей права. Необхідність диференціації відповідальності виникає у випадку істотної відмінності характеру і ступеня суспільної небезпеки деяких видів діянь, передбачених окремою нормою права, застосування якої не дозволяє врахувати ці відмінності. Спеціальна ж норма забезпечує можливість врахування особливостей охоронюваних суспільних відносин і відповідність кримінальної відповідальності небезпеці посягання на такі відносини. Іншим випадком, який свідчить про потребу існування спеціальної норми, є необхідність змінити межі кримінальної відповідальності, залежні від змісту правової норми [4, с. 6 – 7].

Подібним чином висловлюються: В. Навроцький, котрий головною причиною виділення спеціальних норм називає прагнення законодавця диференціювати кримінальну відповідальність – посилити чи пом'якшити її порівняно з тією, що встановлена в загальних нормах, або взагалі декриміналізувати діяння, прямо не передбачені спеціальними нормами [5,

с. 417]; О. Горох, який відзначає, що найчастіше мотивами створення спеціальної норми є істота відмінність характеру і ступеня суспільної небезпеки окремих діянь, передбачених тією самою кримінально-правовою нормою, що зумовлює необхідність диференційованого регулювання відповідальності за їх вчинення. При цьому досягти такої мети за допомогою чинної загальної норми неможливо [6, с. 95]. У найбільш загальному вигляді підстави для виділення спеціальної норми були сформульовані В. Кудрявцевим, на думку якого існування спеціальної норми поряд із загальною лише тоді має практичний сенс, коли ця спеціальна норма якимось чином по-іншому вирішує питання кримінальної відповідальності порівняно із загальною нормою (наприклад, про вид та розмір покарання) [7, с. 248 – 249].

Отже, для того, щоб відповісти на питання про доцільність виділення окремої норми про кримінальну відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності, необхідно з'ясувати характер змін, які відбулися в КК у зв'язку з прийняттям Закону № 218-VIII.

Характеризуючи основні положення проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності пов'язаних із банком осіб» (далі – законопроект), його автори вказували на те, що ним передбачається суттєве посилення відповідальності пов'язаних із банком осіб, що, зокрема, проявляється у запровадженні кримінальної відповідальності таких осіб за вчинення будь-яких дій, що призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі або кредитору.

Наведена характеристика законопроекту потребує уточнення, оскільки здатна створити хибне уявлення про те, що до набрання чинності Законом № 218-VIII пов'язані з банком особи (спеціальний суб'єкт злочину, караного наразі за ст. 218-1 КК) не могли бути притягнуті до кримінальної відповідальності за вчинення дій, передбачених диспозицією ст. 218-1 КК. Насправді ж пов'язані з банком особи і до доповнення КК аналізованою статтею були спроможні нести як виконавці кримінальну відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності, адже такі дії могли кваліфікуватися за ст. 219 КК «Доведення до банкрутства», яка, як вже зазначалось, наразі виступає загальною нормою щодо ст. 218-1 КК. До такого висновку нас призвів порівняльний аналіз ст. 218-1 і ст. 219 КК, який засвідчив, що за винятком уточненого кола спеціально-конкретних суб'єктів злочину інші ознаки складів злочинів, передбачених вказаними статтями, фактично тотожні.

У дослідженнях, присвячених проблематиці спеціального суб'єкта злочину та конкуренції кримінально-правових норм, відзначається, що спеціально-конкретні суб'єкти також є спеціальними суб'єктами, але їх ознаки більшою мірою деталізовані стосовно визначеного складу злочину, окреслені більш вузько, виходячи насамперед зі специфіки суспільних відносин, порушуваних певним злочином [8, с. 128; 9, с. 9]. У розглядуваному випадку з урахуванням тієї обставини, що основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 218-1 КК, обмежений відносинами у сфері банківської діяльності, законодавець вирішив деталізувати коло спеціальних суб'єктів злочину, передбаченого вказаною статтею, замінивши вживане в ст. 219 КК і характерне для господарського законодавства словосполучення «громадянин – засновник (учасник) або службова особа» на притаманний банківському законодавству термінологічний зворот «пов'язані з банком особи».

Звичайно, будуть праві ті, хто вкажуть, що в порівнюваних заборонах також по-різному описуються ознаки як проміжних («віднесення банку до категорії неплатоспроможних» (ст. 218-1 КК) та «стійка фінансова неспроможність суб'єкта господарської діяльності» (ст. 219 КК)), так і похідних (різний розмір «великої матеріальної шкоди» як криміноутворюючої ознаки) суспільно небезпечних наслідків.

Зокрема, на цій обставині акцентувала свою увагу В. Улибіна, що дало їй привід писати в 2014 р. (тобто на момент відсутності в КК спеціальної норми, присвяченої відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності) про те, що всі законодавчі напрацювання щодо закріплення кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 219 КК, не можна застосувати щодо банківських установ, і це є істотною прогалиною вітчизняного кримінального законодавства. Для обґрунтування своєї гіпотези згадана авторка наводила такі аргументи. По-перше, це наявність відмінностей між аспектами загальної та спеціальної неплатоспроможності, що унеможливує поширення дії ст. 219 КК на банківський сектор економіки. Цей аргумент (умовно перший) багато в чому базується на судженні В. Улибіної про те, що понятійний апарат, притаманний спеціальній неплатоспроможності банків, відрізняється від понятійного апарату загальної неплатоспроможності, зміст якої розкритий у Законі України від 22 грудня 2011 р. «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». По-друге, це нетотожність господарської і банківської діяльності (умовно другий аргумент) [10, с. 120, 188]. Утім, повністю погодитись як з першим, так і з другим аргументом складно.

Так, не зовсім зрозуміло, на чому ґрунтується твердження В. Улибіної про те, що «відповідно до ст. 1 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 р. понятійний апарат відносин неплатоспроможності складають: проблемний банк, неплатоспроможний банк та ліквідований банк» [10, 120]. Розділ V Закону України від 7 грудня 2000 р. «Про банки і банківську діяльність» має назву «Проблемний та неплатоспроможний банк. Ліквідація банку» і складається з двох глав: «Критерії віднесення банку до проблемних та неплатоспроможних» (глава 15) та «Ліквідація банку» (глава 16). Як бачимо, ні назва відповідного розділу, ні назви розміщених у ньому глав жодним чином не вказують на, так би мовити, провідне місце неплатоспроможності і (головне) залежність від неї інститутів (чи, мабуть, точніше субінститутів) проблемності та ліквідації банку. Підтвердженням цього виступає і той факт, що банк може бути визнаний неплатоспроможним і без попереднього віднесення його до категорії проблемних, а ліквідувати банк можна і без попереднього визнання його неплатоспроможним. Отже, немає достатніх підстав вести мову про те, що поняття «проблемний банк» і «ліквідований банк» входять до понятійного апарату відносин неплатоспроможності банку.

Однак навіть не ця обставина є визначальною в розглядуваному випадку. Основним є те, що В. Улибіна, весь час апелюючи до відмінності між термінологією, яка вживається в законах «Про банки і банківську діяльність» та «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», не наводить жодного переконливого аргументу на користь того, що неплатоспроможність банку не може вважатися стійкою фінансовою неспроможністю суб'єкта господарської діяльності як об'єктивною ознакою складу злочину, передбаченого ст. 219 КК. Особливо ж у цьому контексті дивує висловлювання дослідниці про те, що детальний аналіз дефініції стійкої фінансової неспроможності нібито доводить, що поняття «стійка фінансова неспроможність» перебуває у прямій взаємозалежності від Закону від 22 грудня 2011 р. «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі – Закон від 22 грудня 2011 р.), нівелюючи особливості спеціальної неплатоспроможності банків, визначені Законом України «Про банки і банківську діяльність». При цьому авторкою вбачається запозичення понятійним апаратом ст. 219 КК ознак Закону від 22 грудня 2011 р., зокрема тих, які є передумовою для порушення господарським судом справи про банкрутство протягом трьох місяців, передбачених ч. 3 ст. 6 відповідного

Закону [10, 121]. Оцінюючи викладену позицію, вважаємо за потрібне зазначити таке.

*По-перше*, ст. 219 КК, включаючи примітку до неї, не містить жодних посилань (на кшталт існуючої у примітці до ст. 218-1 КК вказівки на необхідність при застосуванні цієї статті трактувати поняття «пов'язана з банком особа» в тому значенні, в якому воно розкривається в Законі України «Про банки і банківську діяльність»), які б указували на необхідність при визначенні тих чи інших ознак складу відповідного злочину керуватися саме і тільки положеннями Закону від 22 грудня 2011 р. Виходить, що питання про те, норми якого саме нормативно-правового акту слід брати до уваги при тлумаченні поняття «стійка фінансова неспроможність», вирішується за розсудом правозастосувача.

*По-друге*, у ст. 219 КК не міститься вказівок з приводу того, як має підтверджуватися (встановлюватися) факт виникнення стану стійкої фінансової неспроможності суб'єкта господарської діяльності як ознаки складу злочину, передбаченого цією нормою. Отже, та обставина, що рішення про віднесення банку до категорії неплатоспроможних приймається НБУ, не впливала на можливість настання кримінальної відповідальності на підставі ст. 219 КК за доведення банку до неплатоспроможності. Як зазначається в літературі, банкрутство є універсальним і дійовим інструментом захисту майнових прав учасників цивільного обороту, за допомогою якого вони реструктуризують свої справи, відновлюють свою платоспроможність або ліквідуються; це стосується і банків [11, с. 124].

*По-третє*, у нормах Закону від 22 грудня 2011 р. відсутнє визначення поняття «стійка фінансова неспроможність», яке в ньому вживається лише тричі в контексті приховування стійкої фінансової неспроможності (статті 3, 22). Натомість у ньому, як і в Законі України «Про банки і банківську діяльність», розкривається поняття неплатоспроможності, під якою розуміється неспроможність боржника виконати після настання встановленого строку грошові зобов'язання перед кредиторами не інакше, як через відновлення його платоспроможності. Очевидно, що критерії цієї неплатоспроможності (якщо безспірні вимоги кредитора (кредиторів) до боржника сукупно становлять не менше трьохсот мінімальних розмірів заробітної плати, які не були задоволені боржником протягом трьох місяців після встановленого для їх погашення строку) слід шукати саме в Законі від 22 грудня 2011 р., і вони, що цілком логічно, істотно відрізняються від тих, про які йдеться в Законі України «Про банки і банківську діяльність» як про критерії неплатоспроможності банку. До



речі, В. Улибіна резонно вказує на те, що основним показником діяльності банків є регулятивний капітал і, крім того, для банків встановлюються свої терміни, які свідчать про нормальний (задовільний) фінансовий стан [10, с. 185]. Викладене, однак, не дає підстав стверджувати, що при встановленні стійкої фінансової неспроможності як ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 219 КК, правозастосувач має керуватися лише показниками, зазначеними в Законі від 22 грудня 2011 р.

При цьому ми усвідомлюємо ту обставину, що при кваліфікації доведення банку до неплатоспроможності за ст. 219 КК існувала б певна неузгодженість між термінологією, вживаною в Законі України «Про банки і банківську діяльність» («неплатоспроможність») і КК («стійка фінансова неспроможність»). Але враховуючи той факт, що зміст поняття «стійка фінансова неспроможність» не розкривається в нормах чинного законодавства (фактично це поняття є оціночним), аналогічну термінологічну неузгодженість ми мали б констатувати і в усіх інших (крім неплатоспроможності банків) випадках притягнення до кримінальної відповідальності за доведення до банкрутства, що, на нашу думку, не могло перешкодити застосуванню ст. 219 КК.

Причинами виникнення показаної ситуації стало допущення законодавцем при конструюванні ст. 219 КК низки вад, які Г. Яремко справедливо віднесла до числа типових помилок і недолугостей, пов'язаних із використанням бланкетного способу викладення складів злочинів у КК: неузгодженість допустимого рівня бланкетності диспозицій у статтях кримінального закону з вимогами, встановленими регулятивним законодавством; допущення випадків, коли бланкетна диспозиція не може бути заповнена конкретним змістом через відсутність нормативної бази, до якої вона відсилає; перенавантаження диспозиції в статті бланкетними вказівками, коли одна з них поглинає іншу, тощо [13, с. 193 – 194].

Не оминає проблему неузгодженості між термінологією кримінального та регулятивного законодавства і В.О. Улибіна. Зокрема, пропонуючи доповнити ст. 219 КК частиною 2 як нормою про відповідальність за доведення банку до ліквідації, науковець пише, що в назві ст. 219 КК використовується поняття «банкрутство», яке з юридичної точки зору до банків не застосовується. Стверджується, що позначена проблема має вирішуватися шляхом внесення змін не до КК, а до Закону України «Про банки і банківську діяльність»; у зв'язку з цим пропонується ввести в обіг поняття «банкрутство банку» [10, с. 188].

Ми натомість вважаємо, що у випадках неузгодженості між термінологією, вживаною в регулятивному та кримінальному законодавстві, зміни мають вноситися до останнього, тобто до КК, покликаного здійснювати охорону відносин, врегульованих першим, специфічними кримінально-правовими засобами. До речі, саме з урахуванням сказаного один з авторів цих рядків, виступаючи за уточнення норм кримінального закону, раніше пропонував: замінити назву ст. 219 КК на іншу – «Доведення до неплатоспроможності», зворот «стійка фінансова неспроможність» у диспозиції ст. 219 КК замінити терміном «неплатоспроможність» і виключити з диспозиції цієї норми КК слова «Доведення до банкрутства, тобто...» [13, с. 628]. Подібним чином пропонує усувати міжгалузеві колізії, пов'язані із законодавчим описанням кримінально караного доведення до банкрутства, Д. Ревський [14, с. 147 – 148].

Ще менш придатним для обґрунтування тези про неможливість кваліфікації за ст. 219 КК випадків доведення банку до неплатоспроможності виглядає аргумент В. Улибіної щодо нетотожності господарської та банківської діяльності, що, на її думку, дає підстави констатувати нівелювання законодавцем при конструюванні диспозиції ст. 219 КК аспектів спеціальної неплатоспроможності банків; це, своєю чергою, свідчить про те, що правовідносини неплатоспроможності у сфері банківських відносин повинні отримати ще і кримінально-правове закріплення [10, с. 187]. Ми погоджуємося із В. Улибіною хіба що в тому, що поняття «господарська діяльність» та «банківська діяльність» не є тотожними.

Принагідно звернемо увагу на те, що ця авторка при визначенні поняття «господарська діяльність» послідовно звертається не до положень Господарського кодексу України (далі – ГК), в якому остання визначається як діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність, а до Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», норми якого пропонують розуміти під господарською діяльністю будь-яку діяльність, у тому підприємницьку, юридичних осіб, а також фізичних осіб – підприємців, пов'язану з виробництвом (виготовленням) продукції, торгівлею, наданням послуг, виконанням робіт [10, с. 187].

Мусимо констатувати, що, незважаючи на подібність пропонованих законодавчих дефініцій, вони не є однаковими: ГК уточнює та деталізує поняття господарської діяльності, вказане в Законі «Про ліцензування певних видів

господарської діяльності», зокрема за рахунок вказівки на такі її ознаки, як діяльність у сфері суспільного виробництва, що має вартісний характер та цінову визначеність. За таких умов більш правильним та логічним у нашому випадку виглядає оперування приписами ГК, який є загальним кодифікованим нормативно-правовим актом, що встановлює правові засади господарської діяльності (господарювання), а не нормами Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності», які тлумачать поняття «господарська діяльність» у контексті застосування положень саме цього Закону. Водночас слід виходити з того, що банківська діяльність є лише одним з багатьох різновидів (елементом) більш широкого за змістом системоутворюючого поняття – господарської діяльності. Примітно, що цей факт визнає і В. Улибіна, зазначаючи, що поняття банківської та господарської діяльності співвідносяться між собою як частина та ціле [10, с. 187].

Таким чином, вважати ці два види діяльності «різними» та «розмежовувати» їх, як це пропонує робити та ж В. Улибіна, неправильно, адже це суперечить законам діалектики, яка розглядає частину та ціле в їхній діалектичній єдності і визнає, що пізнання цілого може бути успішним лише за умови знання властивостей його частин і, навпаки, дослідження частин повинно спиратися на попереднє знання цілого. Слід зважати і на те, що ГК відносить банківську діяльність до одного з видів фінансової діяльності (статті 334–351), яка, своєю чергою, виступає одним із різновидів господарської діяльності. На необхідність сприйняття банківської діяльності як одного з різновидів господарської діяльності орієнтують і положення Закону України «Про банки і банківську діяльність», включаючи ст. 6, де вказуються організаційно-правові форми банку, і ст. 16, в якій йдеться про те, що статут банку складається з урахуванням положень ГК.

З огляду на наведене вище, робимо висновок про те, що позиція В. Улибіної з розглядуваного питання щонайменше потребує додаткового обґрунтування. Адже за умови сприйняття логіки цієї авторки окремої кримінально-правової охорони потребують і інші (крім банківської) сфери неплатоспроможності – сфери фермерських, страхових, аудиторських, інноваційних, посередницьких, біржових та інших відносин, які охоплюються поняттям господарської діяльності. Скажімо, діяльність фермерських господарств, як і банківська діяльність, регулюється окремим Законом (Закон України від 19 червня 2003 р. «Про фермерське господарство»), і, крім того, Законом від 22 грудня 2011 р. для фермерських господарств передбачено особливу (порівняно з іншими суб'єктами господарської діяльності) процедуру

банкрутства. Але ж це не свідчить про те, що господарська і фермерська діяльність є різними видами діяльності, а відносини неплатоспроможності, що можуть виникнути при їх здійсненні, потребують окремої кримінально-правової охорони.

Отже, враховуючи той факт, що банк входить до кола суб'єктів господарської діяльності, який, хоч і в особливому порядку, міг бути визнаний таким, що має стійку фінансову неспроможність, а розмір великої матеріальної шкоди як обов'язкової ознаки складу злочину, передбаченого ст. 219 КК, у двадцять разів нижчий за аналогічний показник, передбачений ст. 218-1 КК, різне описання у цих кримінально-правових нормах проміжних і похідних суспільно небезпечних наслідків відповідних складів злочинів не може вплинути на зроблений нами висновок про те, що і раніше, до моменту набрання чинності Законом № 218-VIII, пов'язані з банком особи могли бути притягнуті до кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності. Уточнимо: до відповідальності за ст. 219 КК як виконавці могли бути притягнуті не будь-які пов'язані з банком особи, а лише громадяни – засновники (учасники) або службові особи банку. Щодо інших пов'язаних з банком осіб (йдеться про тих, хто фактично керував діяльністю банку, не будучи формально його засновниками чи службовими особами), то не виключалась кримінально-правова оцінка їх неправомірної поведінки як співучасті з розподілом ролей у вчиненні злочину, передбаченого ст. 219 КК, із посиленням при цьому на відповідні частини ст. 27 КК.

Таким чином, доповнення КК ст. 218-1 має сприйматися в основному не як встановлення (запровадження) кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності, а як диференціація кримінальної відповідальності за вказане посягання, яка відбулася за рахунок виділення зі ст. 219 КК найбільш суспільно небезпечних, на думку законодавця, дій та встановлення за їх вчинення більш суворої (порівняно з передбаченою ст. 219 КК) кримінальної відповідальності. При цьому, як вже зазначалося, за допомогою вказівки в ст. 218-1 КК на спеціально-конкретних суб'єктів (пов'язаних із банком осіб) законодавець уточнив коло суб'єктів, спроможних нести відповідальність за цією спеціальною кримінально-правовою заборонаю.

Звертаючись, однак, до умов виділення спеціальної кримінально-правової норми, зауважимо, що однією з таких умов виступає істотна відмінність характеру і ступеня суспільної небезпеки видів діянь, передбачених окремою нормою права, застосування якої не дозволяє врахувати ці відмінності. З цього приводу варто нагадати сформульовану свого часу Г. Злобіним та актуальну і

нині фундаментальну вимогу до створення нових кримінально-правових норм – це необхідність кожного разу при встановленні кримінальної караності діяння глибоко досліджувати його суспільну небезпеку, не покладаючись лише на її «очевидність» і вбачаючи в ній головну умову криміналізації [15, с. 217 – 218]. Інакше кажучи, для з'ясування того, наскільки обґрунтованим було рішення законодавця про доповнення КК ст. 218-1, вирішальне значення має відповідь на таке питання: чи є відмінність між суспільною небезпекою, притаманною доведенню банку до неплатоспроможності, та суспільною небезпекою інших дій, які могли кваліфікуватися за ст. 219 КК, достатньою та необхідною для диференціації кримінальної відповідальності за їх вчинення?

Доведенню банку до неплатоспроможності, поза всяким сумнівом, притаманний високий рівень суспільної небезпеки. Такі дії, крім наслідків, які потенційно можуть бути спричинені доведенням до неплатоспроможності будь-якого суб'єкта господарювання (порушення засад кредиту, заподіяння матеріальної шкоди кредиторам і державі, позбавлення працівників робочих місць тощо), призводять (зрозуміло, поряд з іншими чинниками) і до такого негативного явища, як втрата довіри до вітчизняної банківської системи, яка супроводжується вилученням вкладниками коштів, неможливістю залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб, здорожчанням іноземних кредитів для вітчизняних банків тощо. Так, за даними голови НБУ В. Гонтаревої, за 2014 р. відтік депозитів з вітчизняної банківської системи склав 126 млрд грн. (це майже третина усіх депозитів), а в 2015 – ще 18 млрд грн. [16]. Такі наслідки фактично унеможливлюють виконання банками своїх функцій, включаючи кредитування реального сектору економіки, що з урахуванням зв'язку банківської системи з усіма секторами економіки негативно відображається на стані фінансово-економічної ситуації в державі загалом. Фахівці міжнародних організацій, під егідою яких здійснюється розроблення уніфікованих правил у сфері банкрутства, зовсім не випадково виходять з того, що спеціальне законодавство про банкрутство банків передусім повинно захищати цілісність фінансової системи, оскільки банки забезпечують належне функціонування платіжної системи будь-якої країни, а найбільш негативним наслідком неспроможності банків може стати так званий ланцюговий ефект, який спричиняє значні негативні зміни в економіці країни [11, с. 125].

Разом з тим варто зазначити, що чинне господарське законодавство виділяє і деякі інші, крім банків, категорії суб'єктів господарської діяльності, стосовно яких також передбачена особлива процедура банкрутства. Так,

розділом VII Закону від 22 грудня 2011 р. передбачено особливості банкрутства: суб'єктів підприємницької діяльності, що мають суспільну, іншу цінність або особливий статус (містоутворюючі та особливо небезпечні суб'єкти господарювання); сільськогосподарських підприємств; страховиків; професійних учасників ринку цінних паперів та інститутів спільного інвестування; емітентів; фермерських господарств; державних підприємств тощо (статті 84–89, 91, 96, відповідно). При цьому є достатні підстави вважати, що в багатьох випадках доведення до неплатоспроможності (а в подальшому і до банкрутства) згаданих суб'єктів здатне викликати не менш серйозні суспільно небезпечні наслідки порівняно з тими, які настають у випадку доведення банку до неплатоспроможності.

Наприклад, містоутворюючим суб'єктом підприємницької діяльності визнається юридична особа, кількість працівників якої з урахуванням членів їх сімей становить не менш як половину чисельності населення адміністративно-територіальної одиниці, в якій розташована така юридична особа, а також суб'єкти підприємницької діяльності, кількість працівників яких перевищує п'ять тисяч осіб (абз. 2 ч. 4 ст. 85 Закону від 22 грудня 2011 р.). Відповідно, банкрутство містоутворюючих підприємств, крім матеріальної шкоди кредиторам, здатне викликати затримки з виплатою пенсій через неотримання державою соціальних відрахувань, безробіття, що провокує міграцію, відсутність фінансування інфраструктури, порушення зв'язків поколінь тощо [17, с. 86]. У сукупності такі наслідки можуть спровокувати вимирання цілих міст.

Усі передумови статі «українським Детройтом» має м. Лисичанськ (Луганська область), в якому внаслідок зупинки найбільших містоутворюючих підприємств (Лисичанського заводу гумотехнічних виробів, Лисичанського НПЗ, скляного заводу «Пролетар» тощо) без роботи залишилося майже все сотисячне населення міста. Причому в багатьох випадках експерти та журналісти прямо вказують не на «природну смерть», а на «умисне вбивство» відповідних підприємств [18; 19] (з точки зору кримінального закону – доведення до банкрутства). Злободенною проблема банкрутств містоутворюючих підприємств залишається і для інших міст України, особливо розташованих у промислово орієнтованому Донбасі.

Не менш вагомою є і суспільна небезпека банкрутства: особливо небезпечних суб'єктів підприємницької діяльності, припинення діяльності яких потребує значних та довготривалих витрат, направлених на запобігання заподіяння шкоди життю та здоров'ю громадян, майну, спорудам,

навколишньому природному середовищу; страховиків – банкрутство останніх через тісний зв'язок банківського та страхового секторів економіки здатне викликати наслідки, подібні до тих, що настають при банкрутстві банків. Невипадково в юридичній літературі зазначається, що «містоутворюючі та особливо небезпечні підприємства мають не менш важливе значення для держави, ніж, наприклад, банки, які під загрозою настання неплатоспроможності можуть забезпечуватись тимчасовою адміністрацією НБУ відповідно до банківського законодавства» [20, с. 124, 125].

Таким чином, постає, скоріш за все, риторичне запитання: чи є (за умови настання однакової матеріальної шкоди) доведення до неплатоспроможності банку більш суспільно небезпечним, ніж доведення до банкрутства, наприклад, містоутворюючого підприємства, внаслідок чого без роботи залишилося кілька тисяч людей? До речі, у своєму дисертаційному дослідженні, присвяченому кримінальній відповідальності за незаконні дії в разі банкрутства, Г. Болдарь переконливо довела, що порівняно зі «звичайними» незаконними діями в разі банкрутства вищий ступінь суспільної небезпеки притаманний не лише незаконним діям у разі банкрутства банків чи інших кредитних установ, а й аналогічним діям стосовно містоутворюючих, стратегічних та особливо небезпечних підприємств, у зв'язку з чим їх вчинення має відігравати роль кваліфікуючої ознаки відповідного складу злочину [21, с. 97 – 100]. А російський науковець О. Боев запропонував умисне банкрутство кредитних організацій визнавати однією з кваліфікуючих ознак передбаченого ст. 196 КК РФ складу злочину «умисне банкрутство» [22, с. 9 – 10].

Зазвичай оцінити ставлення законодавця до суспільної небезпеки тих чи інших діянь допомагає порівняння санкцій, передбачених у відповідних кримінально-правових нормах. Щоправда, таке порівняння стосовно ст. 218-1 і ст. 219 КК ускладнюється через специфічне конструювання розглядуваних кримінально-правових заборон. Санкцією ст. 219 КК передбачено покарання у виді штрафу від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ) із позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років у той час, як санкцією ст. 218-1 КК – обмеження волі на строк від одного до п'яти років або позбавлення волі на той самий строк, з накладенням штрафу від п'яти тисяч до десяти тисяч НМДГ та позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років. Здавалося б, законодавча оцінка суспільної небезпеки розглядуваних діянь є доволі очевидною, адже за

доведення банку до неплатоспроможності передбачено суворіше покарання, ніж за «звичайне» доведення до неплатоспроможності.

Але такий, на перший погляд, безспірний висновок не враховує важливої деталі – розміру великої матеріальної шкоди як криміноутворюючої ознаки відповідних складів злочинів. Аналіз приміток до ст. 218-1 і ст. 219 КК свідчить: якщо доведення до банкрутства визнається кримінально караним у випадку завдання державі чи кредитору матеріальної шкоди на суму, яка в п'ятсот і більше разів перевищує НМДГ, то доведення банку до неплатоспроможності – на суму, яка в десять тисяч і більш разів перевищує НМДГ. До речі, велика матеріальна шкода в результаті вчинення злочинів, передбачених як ст. 218-1, так і ст. 219 КК, може бути завдана кільком кредиторам і, відповідно, бути сумарною, зв'язку з чим диспозиції цих кримінально-правових норм бажано уточнити відповідним чином. Це тим більше стосується злочину, караного за ст. 218-1 КК, адже саме для банкрутства банку характерною (типовою) є велика кількість потерпілих.

Виходить, що санкції розглядуваних кримінально-правових норм відображають суспільну небезпеку не стільки відповідних злочинних діянь, скільки наслідків доведення банку до неплатоспроможності, з одного боку, та доведення до банкрутства, з іншого. Порівнювати суспільну небезпеку доведення до банкрутства (передбаченого загальною нормою) та доведення банку до неплатоспроможності (описаного спеціальною нормою) на підставі зіставлення суворості покарань можна було б лише за умови однаковості (або хоча б подібності) кількісних характеристик великої матеріальної шкоди як криміноутворюючої ознаки. Значне ж (порівняно зі ст. 219 КК) підвищення мінімального порогу (у двадцять разів) суспільно небезпечних наслідків, починаючи з якого наставатиме відповідальність за ст. 218-1 КК, дозволяє тлумачити цей факт як визнання законодавцем доведення банку до неплатоспроможності діянням, менш суспільно небезпечним порівняно з іншими різновидами кримінально караного доведення до банкрутства.

Зміст ч. 1 примітки до ст. 218-1 КК, в якій закріплюється розмір великої матеріальної шкоди (а відшукати відповідні пояснення щодо закріплення саме такої величини у супровідних документах, пов'язаних з ухваленням Закону № 218-VIII, не вдалося), – типовий прояв притаманної розділу VII Особливої частини чинного КК фундаментальної проблеми, яку можна позначити як довільність і відсутність уніфікації показників, що характеризують суспільно небезпечні наслідки і предмети злочинів у сфері господарської діяльності. Для вироблення обґрунтованих вартісних критеріїв злочинності діянь у цій сфері



необхідним є проведення серйозних кримінологічних досліджень. Інакше кажучи, маємо справу з одним із тих випадків, коли «метод розумної голови» фахівця з кримінального права для конструювання кримінально-правових заборон не може бути ефективним.

Вказівка на виключно матеріальний характер великої шкоди як обов'язкової ознаки об'єктивної сторони складу аналізованого злочину не дозволяє кваліфікувати за ст. 218-1 КК випадки доведення банку до неплатоспроможності, що супроводжувались такими суспільно небезпечними наслідками, як масові звільнення з роботи працівників тієї чи іншої фінансової установи, психічне захворювання або самогубство кредитора тощо.

Проведений порівняльний аналіз санкцій, передбачених ст. 218-1 і ст. 219 КК, дозволяє стверджувати: доведення банку до неплатоспроможності, яке завдало матеріальної шкоди державі чи кредитору на суму, яка в десять тисяч і більше разів перевищує НМДГ (ст. 218-1 КК), визнається значно суспільно небезпечнішим посяганням, ніж «звичайне» доведення до банкрутства, яке спричинило аналогічні матеріальні наслідки. Разом з тим у всіх інших випадках, коли внаслідок розглядуваних діянь буде завдана матеріальна шкода в будь-якому розмірі – від п'ятисот до десяти тисяч НМДГ, більш суспільно небезпечним має визнаватися «звичайне» доведення до банкрутства (ст. 219 КК), оскільки у випадку настання подібних наслідків доведення банку до неплатоспроможності взагалі не буде визнаватися кримінально караним.

Отже, порівняння суспільної небезпеки дій, передбачених ст. 218-1 і ст. 219 КК, дозволяє констатувати, що рішення законодавця про виділення окремої заборони, присвяченої кримінальній відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності, базувалося скоріш не на глибокому аналізі юридичної природи, не на виявленій підвищеній (порівняно з іншими різновидами доведення до банкрутства) суспільній небезпеці таких дій, а на очевидній, такій, що не потребує доведення (про що писав Г. Злобін), необхідності виділення відповідної спеціальної норми, зумовленої складною ситуацією в банківському секторі економіки України.

Завершуючи висвітлення доцільності доповнення КК ст. 218-1, хотілось би звернути увагу на такий цікавий факт: 2 березня 2015 р., тобто в день ухвалення Закону № 218-VIII Правління НБУ прийняло постанову № 150, що передбачає віднесення до категорії неплатоспроможних одного з найбільших банків України, який сам же регулятор відніс до системно важливих вітчизняних банків, – ПАТ «Дельта Банк». Не вдаючись до аналізу фінансово-економічної обґрунтованості такого рішення НБУ, зокрема, його відповідності

економічному принципу too big to fail («занадто великий, щоб збанкрутувати»), хотілось би поставити два взаємопов'язаних питання: по-перше, невже Правлінню НБУ не було відомо про намір парламенту посилити кримінальну відповідальність пов'язаних з банком осіб за доведення відповідних банків до неплатоспроможності? По-друге, невже потреба у віднесенні ПАТ «Дельта Банку» – банку, третього за розміром депозитного портфелю в Україні, в якому було зосереджено більше 20 млрд. грн. депозитів [23], – до категорії неплатоспроможних була настільки нагальною, що відповідне рішення не могло бути ухвалене після набрання чинності Законом № 218-VIII, що дозволило б за наявності підстав притягнути винних осіб до кримінальної відповідальності за доведення до неплатоспроможності цього системно важливого банку. Очевидно, що поставлені питання належать до числа риторичних.

Одним з основних принципів побудови кримінального законодавства має бути системність його положень. Повністю погоджуємося з думкою М. Панова про те, що вдосконалення КК повинно проводитися надзвичайно виважено, обережно, з урахуванням системних відносин, зв'язків і взаємозв'язків усієї системи елементів кримінального права як складного системного об'єкта. Тут повинні виключатися доволі часто поспішна і недостатня обґрунтована поодинокість змін закону, механічна «новелізація», «перекроювання» КК «за окремими побажаннями» чи на підставі «окремих фактів як «синдромів» суспільства», які можна визнати проявами «свавілля» у законотворчому процесі, що суперечить ідеї системності кримінального права [24, с. 317]. Про згадувану М. Пановим механічну «новелізацію», яка фактично відбулася у випадку з доповненням КК ст. 218-1, вже йшлося. Тому далі ми зосередимо свою увагу виключно на системності положень Закону № 218-VIII.

Спочатку спробуємо розібратись з відповідністю положень Закону № 218-VIII задекларованій меті відповідного законопроекту, яка, нагадаємо, була сформульована його авторами як посилення відповідальності пов'язаних із банком осіб, насамперед керівників банків, контролерів та інших власників істотної участі у банку. Насправді ж доповнення КК ст. 218-1 в її чинній редакції слід сприймати не лише як посилення відповідальності пов'язаних із банком осіб, а і як декриміналізацію значного масиву діянь, за які до набрання чинності Законом № 218-VIII вказані особи могли нести кримінальну відповідальність. Такі наші судження спираються: по-перше, на аргументованій вище можливості притягнення частини пов'язаних із банком осіб (громадян – засновників та службових осіб) до кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності на підставі ст. 219 КК і до ухвалення Закону №

218-VIII; по-друге, на проаналізованих показниках великої матеріальної шкоди як криміноутворюючої ознаки складів злочинів, передбачених статтями 218-1 та 219 КК (десять тисяч і більше НМДГ і п'ятсот і більше НМДГ, відповідно). Можемо констатувати: якщо до набрання чинності Законом № 218-VIII вчинене, наприклад, службовою особою банку доведення відповідного банку до неплатоспроможності, яке завдало матеріальної шкоди у розмірі від п'ятсот до десяти тисяч НМДГ, мало кваліфікуватися як злочин, передбачений ст. 219 КК, то сьогодні (через значне підвищення мінімального порогу суспільно небезпечних наслідків як умови настання кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності) такі дії не визнаються злочинними. До речі, в багатьох випадках вони не зможуть кваліфікуватися навіть як адміністративне правопорушення, про що йтиметься далі.

Характеризуючи ст. 218-1 КК, ми вже відзначали, що однією з основних новел, які відрізняють розглядувану кримінально-правову заборону від ст. 219 КК, є уточнене коло суб'єктів, спроможних нести відповідальність за цією спеціальною нормою (замість вказаних у ст. 219 КК «засновників (учасників) та службових осіб» у диспозиції ст. 218-1 КК вживається притаманний банківському праву термінологічний зворот «пов'язані з банком особи»).

Аналіз пояснювальної записки до законопроекту дозволяє припустити, що рушійним мотивом ухвалення такого рішення стало прагнення зробити можливою кримінальну відповідальність не лише осіб, які, так би мовити, уособлюють безпосередній менеджмент банку і фігурують в установчих документах як засновники або службові особи, а й інших пов'язаних з банком осіб, котрі нерідко виступають реальними власниками банку. Аналізуючи наслідки ухвалення Закону № 218-VIII, у тому числі зміни до Закону України «Про банки і банківську діяльність» в частині уточнення кола суб'єктів, які відносяться до числа «пов'язаних з банком осіб», окремі дослідники відзначають, що «тепер коло пов'язаних осіб не обмежене формальними ознаками трудових або корпоративних відносин; будь-яка юридична та/або фізична особа, що фактично контролює банк, незалежно від механізму контролю і юридичного оформлення цього контролю тепер є пов'язаною з банком особою з усіма наслідками, що з цього випливають (перерахування їх у звітності банку, відповідальність за результати роботи банку, за доведення його до неплатоспроможності і т. д.)» [25].

Звичайно, постає питання про процесуальну здійсненність задекларованих прагнень. Невипадково правники вже ставлять питання, хто і на підставі яких методик визначатиме причинно-наслідковий зв'язок між діями

пов'язаних з банком осіб і віднесенням банку до категорії неплатоспроможних. Якщо це робитиме, наприклад, НБУ, МВС або інша державна установа постфактум, тобто вже після визнання банку неплатоспроможним, то тут вбачається величезне поле для грубих зловживань щодо політично «неугодних» власників банків [26]. Однак загалом наше ставлення до розглядуваної законодавчої ініціативи є позитивним. Утім, при більш глибокому аналізі таке враження значною мірою нівелюється через безсистемність цього кроку.

Та перш, ніж безпосередньо проаналізувати його, звернемо увагу на те, що згідно з ч. 2 примітки до ст. 218-1 КК тлумачення поняття «пов'язана з банком особа» вимагає звернення до Закону України «Про банки і банківську діяльність». Тут доречно нагадати, що існування кримінально-правових норм із бланкетними диспозиціями призводить до того, що чимало ознак складів злочинів визначаються не лише КК, а й іншими нормативними актами, які не є законом про кримінальну відповідальність і серед яких можуть зустрічатися як закони, так і підзаконні акти. Як специфічний прийом законодавчої техніки бланкетність дозволяє не загромождувати текст КК положеннями регулятивного законодавства, ґрунтується на системному характері права і взаємозв'язку його галузей і норм, відповідає вимогам стабільності, гнучкості і компактності КК, слугує уніфікації законодавства за умов ускладнення й диференціації охоронюваних кримінальним законом відносин тощо. При цьому принципове значення для ефективності тієї чи іншої кримінально-правової норми з бланкетною диспозицією має виважений та кваліфікований зміст цієї норми.

Аналіз регулятивного законодавства, до положень якого відсилає бланкетна диспозиція ст. 218-1 КК і ч. 2 примітки до цієї статті, дозволяє констатувати, що такої виваженості і кваліфікованості деяким приписам Закону України «Про банки і банківську діяльність» щодо «пов'язаних з банком осіб» (ст. 52) бракує.

Передусім вкажемо на те, що критерії віднесення осіб до числа «пов'язаних з банком» (пункти 1–9 ч. 1 ст. 52) подекуди самі по собі не сприяють їх уніфікованому тлумаченню. Так, у висновку на законопроект від 2 березня 2015 р. фахівці Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України вказували на те, що в пропонованій редакції п. 6 ч. 1 ст. 52 Закону України «Про банки і банківську діяльність» до пов'язаних з банком осіб передбачається віднести таких осіб, як «керівники юридичних осіб та керівники банків, які є спорідненими та афілійованими особами банку, керівник служби внутрішнього аудиту, керівники та члени комітетів цих осіб». У зв'язку із розпливчастістю наведеного формулювання парламентські експерти

пропонували уточнити, про яких саме керівників та членів комітетів йдеться. Однак цю слушну рекомендацію законодавець проігнорував.

Але, крім таких неоднозначних критеріїв, законодавець закріпив право НБУ при здійсненні банківського нагляду визначати (правильніше, мабуть, було б написати – визнавати) пов'язаними з банком особами фізичних та юридичних осіб, зазначених у пунктах 1–9, за наявності ознак, визначених у нормативно-правових актах НБУ, з урахуванням характеру взаємовідносин, операцій та наявності інших зв'язків із банком (ч. 3 ст. 52 Закону України «Про банки і банківську діяльність»).

Коментуючи розглядувані приписи банківського законодавства, М. Саєнко відзначає, що вони фактично дозволяють НБУ доповнювати перелік пов'язаних з банком осіб на власний розсуд, ґрунтуючись на суб'єктивних факторах, зокрема, з урахуванням загадкової фрази «характер взаємовідносин і зв'язків з банком». Відповідно, НБУ буде одночасно з виконанням функції нагляду за операціями банку з пов'язаними особами визначати критерії віднесення певних учасників ринку до переліку пов'язаних з банком осіб, що створить сприятливий ґрунт для різноманітних маніпуляцій і корупційних зловживань, з якими всі так показово намагаються боротися [27]. У подібному руслі з цього приводу висловлюється К. Казак, який звертає увагу і на той факт, що відповідне рішення НБУ банк може оскаржити, і при цьому саме банк повинен довести НБУ зворотне, спростувавши висновок останнього. Разом з тим критерії оцінки факту доведеності в законопроекті (а наразі – в Законі) не прописано – зроблено лише посилання на нормативно-правові акти НБУ [25].

Але ще більш неприпустимою розглядувана новела виглядає у світлі встановлення ознак суб'єкта злочину, передбаченого ст. 218-1 КК, адже за існуючого стану речей складається парадоксальна та, будемо відверті, аномальна ситуація, коли НБУ, завдяки праву визначати на власний розсуд коло осіб, пов'язаних з банком, фактично наділяється Верховною Радою України притаманними лише їй повноваженнями змінювати обсяг криміналізації поведінки людини.

З погляду дотримання правил законодавчої техніки слід оцінити критично і форму розглянутого вище припису, а саме передбачену ч. 2 примітки до ст. 218-1 КК відсилку до конкретного нормативно-правового акту (Закону України «Про банки і банківську діяльність»). Як слушно зазначає Г. Яремко, такого роду бланкетні відсилки є поодинокими, і це закономірно. Посилання на конкретний нормативно-правовий акт спрощує правозастосування, але кримінально-правова норма з таким посиланням не є гнучкою. Подібна

конкретизована форма бланкетного способу викладення нормативного матеріалу доцільна лише за умови стабільності відповідного регулятивного законодавства; в інших випадках варто вказувати на юридичну силу та (або) галузеву належність акта, що застосовується для конкретизації змісту бланкетної диспозиції [12, с. 67, 135 – 136].

Повертаючись до розгляду питання про системність положень Закону № 218-VIII, вважаємо за доцільне підтримати точку зору М. Панова, згідно з якою системність кримінального права полягає у внутрішній єдності структурних елементів кримінального права як цілого, наявності між ними відносин і зв'язків, що характеризуються упорядкованістю, логічною узгодженістю і несуперечливістю [24, с. 312].

З огляду на сказане, хотілось би поставити запитання: якщо законодавець усвідомлює проблему уникнення кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності особами, які, не будучи його засновниками або службовими особами, мають можливість здійснювати вирішальний вплив на його управління або господарську діяльність (а інакше вказівка в ст. 218-1 КК на «пов'язаних з банком осіб» замість згаданих у ст. 219 КК «засновників або службових осіб» сприйматися не може), то чому він не відреагував на наявність аналогічної за змістом проблеми, притаманної чинній редакції ст. 219 КК? Знайти логічне пояснення цьому факту складно (якщо взагалі можливо). Якщо законодавець мав на меті створення упорядкованого, логічно узгодженого та позбавленого суперечностей кримінального законодавства, то наслідком ухваленого рішення про доповнення КК ст. 218-1 в її чинній редакції мало б стати внесення відповідних змін і до загальної норми (ст. 219 КК).

Звичайно, при уточненні кола спеціальних суб'єктів злочину, передбаченого ст. 219 КК, обов'язково слід враховувати той факт, що її застосування, на відміну від ст. 218-1 КК, вимагає звернення не до спеціального (банківського), а до загального (господарського) законодавства. Останнє ж для характеристики осіб, котрі незалежно від формального володіння мають можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи безпосередньо або через інших осіб, використовує поняття «кінцевий бенефіціарний власник (контролер) підприємства» (ст. 64-1 ГК), яке, вочевидь, і мало б фігурувати в удосконаленій ст. 219 КК замість існуючої на сьогодні вказівки на «засновника (учасника) або службову особу суб'єкта господарської діяльності». Прикметно, що первинна редакція законопроекту, згодом ухваленого як Закон № 218-VIII, передбачала доповнення КК ст. 218-1, в якій суб'єктами, спроможними поряд із керівником банку нести

кримінальну відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності, визнавалися кінцевий бенефіціарний власник та інші власники істотної участі в банку. І лише згодом у доопрацьованому законопроекті з'явилась вказівка на «пов'язаних з банком осіб».

Одночасно варто зробити застереження: з урахуванням того, що господарські організації можуть створюватися у формі не лише підприємств, а й інших юридичних осіб (наприклад, господарських товариств), вказівка в диспозиції норми КК про відповідальність за доведення до банкрутства на термінологічний зворот «кінцевий бенефіціарний власник (контролер) підприємства», використаний у господарському законодавстві, мала б сприйматися як невиправдане звужування сфери дії кримінально-правової заборони. Тому в удосконаленій редакції ст. 219 КК має йтися або лише про «кінцевого бенефіціарного власника (контролера)», або про «кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи».

Цікаво, що визначення поняття «кінцевий бенефіціарний власник (контролер)» (далі – контролер) міститься не в господарському і не в цивільному законодавстві, а в Законі України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення». У ст. 1 цього Закону контролер визначається як фізична особа, яка незалежно від формального володіння має можливість здійснювати вирішальний вплив на управління або господарську діяльність юридичної особи безпосередньо або через інших осіб, що здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління, або яка має можливість здійснювати вплив шляхом прямого або опосередкованого (через іншу фізичну чи юридичну особу) володіння однією особою самотійно або спільно з пов'язаними фізичними та/або юридичними особами часткою в юридичній особі у розмірі 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі. При цьому контролером не може бути особа, яка має формальне право на 25 чи більше відсотків статутного капіталу або прав голосу в юридичній особі, але є агентом, номінальним утримувачем (номінальним власником) або є тільки посередником щодо такого права.

Якщо мова вже зайшла про суб'єктний склад злочину, передбаченого ст. 219 КК, вважаємо за доречно звернути увагу ще на один аспект, який може бути актуальним і для доведення банку до неплатоспроможності. Чинна редакція ст. 219 КК не містить застереження про те, що винний своєю поведінкою зумовлює стійку фінансову неспроможність саме того суб'єкта господарської діяльності, засновником (учасником) або службовою особою якого він є. Цілком очевидно, що вкрай несприятливе фінансове становище певного суб'єкта господарювання може бути викликане поведінкою сторонніх щодо цього суб'єкта осіб (представники контролюючих органів, службові особи інших юридичних осіб – суб'єктів господарської діяльності, які умисно ухиляються від виконання зобов'язань перед контрагентами, тощо). В літературі у зв'язку з цим зустрічаються різні пропозиції щодо уточнення кола осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за умисне доведення до банкрутства [13, с. 630 – 631; 28, с. 468, 598 – 599]. Сказане дозволяє поставити під сумнів правильність рішення українського законодавця, який обмежив коло осіб, спроможних нести кримінальну відповідальність за злочин, передбачений ст. 218-1 КК, пов'язаними з банком особами.

Аналізом внутрішньої узгодженості положень Закону № 218-VIII питання щодо його системності не вичерпується, оскільки системність кримінального права проявляється не лише в його внутрішніх, а і в зовнішніх відносинах та зв'язках. Як відзначає М. Панов, якщо внутрішні відносини і зв'язки визначають кримінальне право як єдиний цілісний системний об'єкт, елементи якого повинні знаходитися у відносинах і взаємозв'язках координації, узгодженості і несуперечливості, то зовнішні відносини та зв'язки свідчать про органічний зв'язок кримінального права з правовою системою України в цілому, зокрема з конституційним правом, міжнародним правом та іншими галузями права, що регулюють позитивні правовідносини: цивільним, господарським, екологічним правом [24, с. 312].

Загалом погоджуючись з пропонованим розумінням «зовнішньої» системності кримінального права, хотілось би зробити уточнення стосовного того, що вона, крім зв'язків із галузями права, які регулюють так звані позитивні правовідносини, проявляється і у зв'язках з тими галузями права, якими передбачено інші (крім кримінальної) види юридичної відповідальності. У нашому випадку сказане передусім стосується відповідальності в межах адміністративного права.

Адміністративна відповідальність за порушення банківського законодавства, законодавства, яке регулює переказ коштів в Україні,



нормативно-правових актів НБУ або здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників банку чи інших кредиторів банку (далі, враховуючи об'ємність як назви, так і диспозиції розглядуваної адміністративно-правової норми, для характеристики передбачуваних у ній діянь ми будемо використовувати формулювання «порушення банківського законодавства»), передбачена ст. 166-5 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КпАП). У контексті нашого дослідження хотілось би зосередити увагу на трьох основних змінах, які відбулися в зазначеній адміністративно-правовій забороні внаслідок ухвалення Закону № 218-VIII. Це:

1) уточнення кола суб'єктів адміністративного правопорушення за рахунок вказівки на «пов'язаних з банком осіб» замість «керівників банків»;

2) істотне посилення адміністративної відповідальності цих осіб: якщо до набрання чинності Законом № 218-VIII за вчинення діянь, передбачених ч. 1 ст. 166-5 КпАП, на них могло бути накладено адміністративне стягнення у виді штрафу від ста до тисячі НМДГ, то зараз за вчинення фактично тих же діянь передбачається накладення штрафу від двох тисяч до п'яти тисяч НМДГ;

3) ще більше посилення адміністративної відповідальності зазначених суб'єктів за аналогічні дії, якщо вони призвели до віднесення банку до категорії проблемних. Ця ініціатива втілена в життя шляхом доповнення ст. 166-5 КпАП новою (другою) частиною, санкція якої передбачає стягнення у виді штрафу від п'яти тисяч до десяти тисяч НМДГ.

Проаналізуємо більш докладно дві останні із зазначених законодавчих змін.

На перший погляд, з урахуванням тієї складної ситуації, в якій опинилася вітчизняна банківська система, значне посилення адміністративної відповідальності за порушення банківського законодавства виглядає цілком природно і сприймається як обґрунтований та виважений превентивний захід, який має убезпечити інтереси вкладників та інших кредиторів банку. Не менш логічним, знову ж на перший погляд, виглядає і рішення диференціювати адміністративну відповідальність за порушення банківського законодавства, які лише несуть потенційну загрозу порушення інтересів вкладників та інших кредиторів банку (ч. 1 ст. 166-5 КпАП), та вчинення аналогічних дій, які призвели до конкретного негативного наслідку такої діяльності, – віднесення банку до категорії проблемних (ч. 2 ст. 166-5 КпАП).

Разом з тим, якщо спочатку поглянути на адміністративне право не як на «автономну», «незалежну» від інших галузей права, а як на один з елементів системи права як сукупності впорядкованих і узгоджених між собою норм

права, які, хоча відносно самостійні, але тісно пов'язані між собою [29, с. 386], а потім проаналізувати зміни, про які йшлося вище, зокрема, на предмет їхньої координації та узгодженості з положеннями кримінального права, то ми будемо вимушені констатувати їх безсистемність, яка проявляється в наступному.

*По-перше*, нагадаємо, що в ч. 1 ст. 166-5 КпАП встановлено адміністративну відповідальність, зокрема, за такі різновиди порушень банківського законодавства, як подання недостовірної (неповної) звітності та здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку. Вочевидь, до таких операцій можуть бути віднесені будь-які ризикові операції, пов'язані з розміщенням залучених коштів, оскільки іманентно кожна з них потенційно загрожує інтересам вкладників чи інших кредиторів банку. Зроблений висновок враховує в тому числі зміст поняття «банківська діяльність», однією зі складових якої на законодавчому рівні визнано операції з розміщення залучених у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб від свого імені, на власних умовах та на власний ризик (ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність»). З урахуванням сказаного використання подібної законодавчої конструкції загалом не може вважатися вдалим, зокрема, через те, що створює широке поле для можливих зловживань з боку НБУ, який на власний розсуд визначатиме, які ризикові операції загрожують, а які не загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку.

Як зазначалося вище, внаслідок ухвалення Закону № 218-VIII за здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку, передбачається можливість накладення адміністративного стягнення у виді штрафу від двох тисяч до п'яти тисяч НМДГ. Водночас розмір штрафу як покарання за кримінально каране доведення до банкрутства (ст. 219 КК) складає від двох тисяч до трьох тисяч НМДГ.

Таким чином, наслідком внесених законодавчих змін стало те, що сьогодні адміністративна відповідальність за порушення банківського законодавства, які несуть лише потенційну загрозу інтересам вкладників чи інших кредиторів банку, є більш суворою (наявність у санкції ст. 219 КК додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю до трьох років не може вплинути на зроблений висновок), ніж кримінальна відповідальність за доведення до банкрутства, котра настає за умови завдання державі чи кредитору матеріальної шкоди, яка в п'ятсот і більше разів перевищує НМДГ.

Більше того: за вчинення дій, вказаних у ч. 2 ст. 166-5 КпАП (порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії проблемних), передбачено адміністративне стягнення у виді штрафу від п'яти тисяч до десяти тисяч НМДГ. І це при тому, що віднесення банку до категорії проблемних, як це впливає зі ст. 75 Закону України «Про банки і банківську діяльність», також жодним чином не пов'язано з фактом спричинення матеріальної шкоди державі чи кредитору.

У підсумку, «завдяки» ухваленню Закону № 218-VIII, наприклад, за систематичне подання та (або) оприлюднення недостовірної інформації або звітності з метою приховування реального фінансового стану банку, яке стало підставою віднесення банку до категорії проблемних, або здійснення ризикових операцій, яке призвело до того, що банк не виконав вимогу вкладника або іншого кредитора, строк якої настав п'ять і більше робочих днів тому (пункти 6 та 2 ч. 1 ст. 75 Закону України «Про банки і банківську діяльність», відповідно), але при цьому не спричинило жодної матеріальної шкоди державі чи кредитору, на особу може бути накладено адміністративне стягнення у виді штрафу розміром десять тисяч НМДГ. Водночас за доведення до банкрутства – умисний злочин, який може бути вчинений лише з корисливих або інших особистих мотивів, – наприклад, містоутворюючого підприємства, яке спричинило багатомільйонні збитки і залишило без роботи значну частину працездатного населення міста, може бути призначено покарання у виді штрафу розміром дві тисячі НМДГ, тобто штраф, у п'ять разів менший порівняно з передбаченим КпАП.

До завдань цієї статті не входить пошук шляхів розв'язання вказаної проблеми, вирішення якої вимагає проведення окремого наукового дослідження. Але цілком очевидно, що якщо за порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії проблемних, передбачена відповідальність у виді штрафу від п'яти тисяч до десяти тисяч НМДГ, то «найлегшим» покаранням, передбаченим у санкції статті про кримінально каране доведення до банкрутства (ст. 219 КК), має бути штраф у розмірі щонайменше від десяти тисяч НМДГ.

*По-друге*, не викликає сумнівів, що віднесення банку до категорії неплатоспроможних є більш суспільно небезпечним наслідком порушення банківського законодавства, ніж віднесення банку до категорії проблемних. Цей висновок ґрунтується на порівняльному аналізі критеріїв для визнання банку проблемним та неплатоспроможним, враховує ту обставину, що банківське законодавство допускає віднесення банку до категорії неплатоспроможних за

умови неприведення банком своєї діяльності у відповідність до законодавства протягом 180 днів після визнання його проблемним, а не навпаки (статті 75, 76 Закону України «Про банки і банківську діяльність»), а також впливає з порівняльного аналізу правових наслідків віднесення банку до категорії проблемних та неплатоспроможних, передбачених не лише Законом України «Про банки і банківську діяльність», а і Законом України від 23 лютого 2012 р. «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб». Урешті-решт непрямим підтвердженням слушності зробленого висновку виступає і той факт, що законодавець у ст. 218-1 КК встановив кримінальну відповідальність за дії, які призвели до віднесення банку до категорії саме «неплатоспроможних», а не «проблемних».

Вкотре нагадаємо, що за порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії проблемних, передбачено адміністративне стягнення у виді штрафу від п'яти до десяти тисяч НМДГ (ч. 2 ст. 166-5 КпАП). З огляду на аргументи, представлені вище, логічно було б припустити, що за аналогічні діяння, які спричинили віднесення банку до категорії неплатоспроможних, має бути передбачена або більш сувора адміністративна відповідальність (на кшталт того, як законодавець диференціював відповідальність за «звичайне» порушення банківського законодавства (ч. 1 ст. 166-5 КпАП) та аналогічні дії, які призвели до віднесення банку до категорії проблемних (ч. 2 ст. 166-5 КпАП)), або кримінальна відповідальність, зокрема, за умисні, а не ризикові дії, які призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних (доведення банку до неплатоспроможності). Однак законодавчі реалії зовсім інакші.

Раніше вже йшлося про те, що одним із наслідків ухвалення Закону № 218-VIII у частині доповнення КК ст. 218-1 стала декриміналізація значного масиву діянь, за які до набрання чинності цим Законом певні пов'язані з банком особи (засновники або службові особи) могли нести кримінальну відповідальність згідно зі ст. 219 КК. Сьогодні кримінальна відповідальність передбачена лише за доведення до банку до неплатоспроможності, якщо це завдало матеріальної шкоди кредиту або державі на суму, яка в десять тисяч і більше разів перевищує НМДГ. Таким чином, таке діяння, як доведення банку до неплатоспроможності, яке не спричинило наслідки, вказані у диспозиції ст. 218-1 КК, і, тим більше, порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, не можуть розцінюватись як злочини. Не завжди вказані діяння можуть кваліфікуватися і як адміністративне правопорушення, передбачене ч. 2 ст. 166-5 КпАП, оскільки

в цій адміністративно-правовій забороні йдеться про віднесення банку до категорії проблемних, а не неплатоспроможних.

Хтось може сказати, що віднесення банку до категорії неплатоспроможних є логічним продовженням (у випадку неприведення протягом 180 днів банком своєї діяльності у відповідність із вимогами законодавства) визнання його проблемним, а тому дії правопорушника в будь-якому разі отримують правову оцінку з посиланням на ч. 2 ст. 166-5 КпАП. Але ж: по-перше, віднесення банку до категорії неплатоспроможних слід визнавати істотно небезпечнішим наслідком порушення банківського законодавства порівняно з віднесенням банку до категорії проблемних; по-друге, і найголовніше, неприведення банком своєї діяльності у відповідність із вимогами законодавства протягом 180 днів з дня визнання його проблемним є лише однією з чотирьох вказаних у ст. 76 Закону України «Про банки і банківську діяльність» підстав для віднесення банку до категорії неплатоспроможних.

Як бачимо, пов'язана з банком особа, котра вчинила порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, може зазнати правових наслідків, передбачених санкцією ч. 2 ст. 166-5 КпАП, лише в тому випадку, якщо таким діям передувало віднесення банку до категорії проблемних. Якщо ж віднесення банку до категорії неплатоспроможних НБУ мотивуватиме іншими підставами, передбаченими ст. 76 Закону України «Про банки і банківську діяльність» (зменшення розміру регулятивного капіталу або нормативів капіталу банку до однієї третини від мінімального рівня, встановленого законом та/або нормативно-правовими актами Національного банку України, невиконання банком протягом 10 робочих днів поспіль 10 і більше відсотків своїх зобов'язань перед вкладниками та іншими кредиторами, одноразове грубе або систематичне порушення банком законодавства у сфері готівкового обігу, що створює загрозу інтересам вкладників чи інших кредиторів банку), інкримінування особі ч. 2 ст. 166-5 КпАП виключається.

Отже, єдиною нормою, за якою теоретично можуть кваліфікуватися як «звичайні» випадки порушення банківського законодавства, які призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, так і випадки доведення банку до неплатоспроможності, які завдали кредитору або державі матеріальної шкоди на суму, меншу за десять тисяч НМДГ, залишається ч. 1 ст. 166-5 КпАП. Як наслідок, знову маємо нелогічну ситуацію: за порушення банківського законодавства, яке не завдало жодної матеріальної шкоди державі або

кредитору, а лише призвело до віднесення банку до категорії проблемних, на пов'язану з банком особу, незалежно від її психічного ставлення (умисного чи необережного) до можливості настання вказаних наслідків, може бути накладено адміністративне стягнення у виді штрафу розміром *до десяти тисяч НМДГ*; водночас за вчинення умисного, з корисливих або інших особистих мотивів доведення банку до неплатоспроможності, що спричинило матеріальну шкоду державі або кредитору на суму, наприклад, у десять млн. грн., на пов'язану з банком особу «в кращому випадку» може бути накладене адміністративне стягнення у виді штрафу розміром *від двох тисяч до п'яти тисяч НМДГ*.

До першопричин виникнення продемонстрованої очевидної невідповідності між санкціями та суспільною небезпекою аналізованих діянь слід віднести рішення законодавця про встановлення кримінальної відповідальності лише за те доведення банку до неплатоспроможності, наслідком якого стало завдання матеріальної шкоди державі або кредитору на суму, яка в десять тисяч і більше разів перевищує НМДГ. При цьому законодавець не визнав за потрібне передбачити самостійну відповідальність ні за «звичайне» порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, ні за доведення банку до неплатоспроможності, наслідком якого стало завдання матеріальної шкоди державі або кредитору на суму, меншу за десять тисяч НМДГ.

Принагідно зауважимо, що подібна фрагментарність у прийнятті рішень не є новою для Верховної Ради України, у зв'язку з чим інколи вже складається враження, що безсистемність кримінального правотворення поступово набуває рис системності. Так, автори цих рядків вже неодноразово привертали увагу до багато в чому подібної за змістом проблеми, притаманної ст. 239-2 КК. Нагадаємо, що, встановивши у ч. 1 ст. 239-2 КК кримінальну відповідальність за незаконне заволодіння поверхневим (грунтовим) шаром земель водного фонду в особливо великих розмірах, законодавець не визнав за потрібне передбачити в КпАП самостійну відповідальність ні за «просто» незаконне заволодіння поверхневим (грунтовим) шаром земель водного фонду, ні за незаконне заволодіння цим шаром у великому розмірі. Як наслідок, складається враження, що чинним законодавством передбачено лише один вид відповідальності (кримінальна) за незаконне заволодіння поверхневим (грунтовим) шаром земель водного фонду, причому відразу за вчинення цих дій в особливо великих розмірах. Як шлях розв'язання цієї проблеми нами пропонувалось (за умови збереження в КК окремої норми про відповідальність

за незаконне заволодіння поверхневим (грунтовим) шаром земель водного фонду) таке конструювання правових норм: в окремій статті КпАП (наприклад, ст. 53-7) має бути передбачена адміністративна відповідальність за некваліфіковане («просте») незаконне заволодіння поверхневим (грунтовим) шаром земель водного фонду; у ч. 1 ст. 239-2 КК – кримінальна відповідальність за незаконне заволодіння поверхневим (грунтовим) шаром земель водного фонду у великому розмірі, а в ч. 2 ст. 239-2 КК – відповідальність за ті ж дії, вчинені в особливо великих розмірах [30, с. 237 – 240; 31, с. 414].

Видається, що подібним чином могла б бути вирішена і проблема конструювання заборон, присвячених відповідальності за діяння, які призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних. Отже, в окремій частині ст. 166-5 КпАП має бути передбачена адміністративна відповідальність за порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії неплатоспроможних. Причому враховуючи доволі істотний, як для КпАП, розмір штрафу, вже передбачений за порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії проблемних, а так само санкції ст. 218-1 і ст. 219 КК, оптимальною видається диференціація адміністративної відповідальності за порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії проблемних і неплатоспроможних, із передбаченням відповідальності за ці діяння в межах чинної санкції ч. 2 ст. 166-5 КпАП. Наприклад, за порушення банківського законодавства, яке призвело до віднесення банку до категорії проблемних, могло б передбачатися адміністративне стягнення у виді штрафу від п'яти тисяч до семи тисяч НМДГ у той час, як за аналогічні дії, що призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, – від семи тисяч до десяти тисяч НМДГ.

А от відповідальність за доведення банку до неплатоспроможності, яке завдало матеріальну шкоду на суму, меншу десяти тисяч НМДГ, мала б передбачатися в межах ч. 1 ст. 218-1 КК. При цьому з урахуванням ст. 219 КК мінімальний поріг суспільно небезпечних наслідків як умови настання кримінальної відповідальності за вказані дії міг би скласти п'ятсот НМДГ. Відповідальність же за дії, описувані в ч. 1 чинної редакції ст. 218-1 КК, мала б передбачатися в новій частині 2 з корегуванням у бік посилення санкцій цієї кримінально-правової норми.

У світлі викладеного вище дивує пасивна позиція парламентських експертів при опрацюванні ними законопроекту, згодом ухваленого як Закон № 218-VIII. Так, у згаданому раніше висновку від 2 березня 2015 р. фахівці

Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України критично аналізують лише ті зміни, пов'язані з ухваленням Закону № 218-VIII, які торкаються положень законів України «Про банки і банківську діяльність» і «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб». Зміни ж до КпАП та КК фахівці залишили поза своєю увагою. Члени ж Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності взагалі замість того, щоб поставити законопроект фаховий «діагноз», у своєму висновку від 2 березня 2015 р. фактично відтворили анотацію пояснювальної записки, розробленої суб'єктами відповідної законодавчої ініціативи.

Показана вище ситуація із співвідношенням злочинних та адміністративно караних проявів доведення банків до неплатоспроможності зайвий раз переконує в тому, що подальше реформування кримінального законодавства та оновлення адміністративно-деліктного законодавства, чимало положень якого виглядають морально застарілими, мають бути максимально узгоджені між собою, а опікуватись процесом паралельного (наскрізного) перегляду змістовно пов'язаних між собою розділів КК і глав КпАП повинні експертні групи, до складу яких входили б представники обох галузей права. Як слушно зазначається в літературі, законодавцю для вирішення проблеми конкуренції норм кримінального та адміністративного законодавства слід формулювати в диспозиціях статей конкретні критерії, які виражаються через об'єктивні, суб'єктивні ознаки складів і характеризують те чи інше діяння. Різниця між складами злочинів та адміністративних правопорушень, що конкурують, має бути очевидною і не викликати суперечливих рішень [с. 19 – 20]. Вказаний підхід вважаємо цілком прийнятним і в частині усунення колізій кримінально- та адміністративно-правових норм.

З доповненням КК ст. 218-1 значно актуалізувалося і давно відоме вітчизняному кримінальному праву (і не лише йому) питання про доцільність встановлення кримінальної відповідальності за необережне банкрутство.

Так, ще більше 10 років тому один з авторів цих рядків ставив злободенне і сьогодні питання: наскільки виправдано в сучасних умовах звільняти від кримінальної відповідальності бізнесмена, який внаслідок легковажного витрачання коштів на надання безвідсоткових позик родичам і знайомим або інших подібних діянь завдає майнової шкоди своїм кредиторам? [33, с. 615] Виявляється, що кримінальне законодавство, зокрема, Австрії, ФРН і Швейцарії встановлює відповідальність не лише за злісне (умисне або шахрайське) банкрутство, а і за просте банкрутство, суб'єктивна сторона якого характеризується здебільшого необережною формою вини. Криміналізація



необережного банкрутства пояснюється, по-перше, тим, що недбала поведінка боржника у сфері підприємництва порушує добросовісні зобов'язання, які боржник покладає на себе для захисту інтересів своїх кредиторів, по-друге, тим, що неспроможність боржника і заподіяння майнової шкоди кредиторам є закономірним результатом неправомірної поведінки суб'єкта [34, с. 98 – 99; 35, с. 72 – 76] Кримінально караним банкрутством, вчиненим з необережності, визнається така поведінка: надмірні, нерентабельні витрати боржника, які не відповідають його майновому становищу і елементарним правилам обачності; незадовільне розміщення капіталу; легковажне використання наданого кредиту; отримання у борг нових сум особою, яка знає або повинна знати про свою неплатоспроможність; надання легковажних гарантій; укладення збиткової або спекулятивної угоди з товарами або цінними паперами, яка не відповідає вимогам належного ведення господарської практики, тощо. Норми про кримінальну відповідальність за необережне банкрутство відомі законодавству і інших країн (Болгарія, Латвія, Польща, Швеція та ін.).

При поверхневому вивченні кримінального права деяких країн із розвинутою ринковою економікою (наприклад, Іспанії чи Франції) може скластись враження про те, що у них декриміналоване необережне банкрутство. Насправді ж найбільш небезпечні види такого банкрутства прирівнюються до злісного банкрутства, причому покарання в цьому разі навіть посилюється [36, с. 254]

У законодавстві дореволюційної Росії кримінально караним визнавалось не лише зловмисне, а і просте (або, інакше кажучи, необережне) банкрутство, під яким розумілось впадіння у неспроможність внаслідок марнотратства боржника у приватному житті або легковажності у професійній діяльності. Запровадження кримінальної відповідальності за необережне банкрутство пояснювалось тим, що: кожна особа зобов'язана турбуватись про задоволення зроблених нею боргів і не повинна ставитись з повною зневагою до інтересів своїх кредиторів; будь-яке банкрутство завдає шкоди торгівлі; часті або значні банкрутства здатні викликати фінансове потрясіння всієї держави, оскільки торгівля ґрунтується на кредиті, а купці і фабриканти пов'язані між собою; банкрутство одного нерідко викликає банкрутство багатьох інших, внаслідок чого виникає загроза економічним інтересам певної місцевості або навіть усієї держави [33, с. 617].

Не маючи на меті розглянути в рамках пропонованої статті всі наукові погляди щодо вказаного питання, обмежимося констатацією того, що нині український законодавець сприйняв точку зору тих теоретиків, котрі вважають,

що кримінально караним, з огляду на іманентно ризиковий характер підприємницької діяльності, має визнаватися лише умисне банкрутство, а криміналізація необережного створення та збільшення неплатоспроможності фактично означатиме запровадження кримінальної відповідальності за саму підприємницьку діяльність. Водночас мусимо відзначити, що не всіма криміналістами така позиція сприймається як аксіоматична.

Так, Б. Грек визнав безкарність «необережного банкрутства» вадою ст. 219 КК, вважаючи таку ситуацію надзвичайним лібералізмом КК. Аргументуючи свою точку зору, правник указує на те, що найбільш тяжкі та явно протиправні випадки «необережного банкрутства» є не менш небезпечним посяганням на чужі майнові права та інтереси, ніж «злісне банкрутство» [37, с. 152]. О. Фролова також висловлюється за криміналізацію необережного банкрутства. Вступаючи в полеміку з науковцями, на думку яких встановлення кримінальної відповідальності за необережне банкрутство буде свідченням надмірної криміналізації, авторка вказує, що, з огляду на однаковість економічних наслідків злісного і необережного банкрутства, навряд чи правильно списувати все на незнання закону, відсутність належної освіти, некомпетентність окремих осіб і на цих підставах звільняти їх від кримінальної відповідальності за необережне банкрутство [38, с. 136]. У розвиток цього можна зазначити, що суб'єкти, які складають топ-менеджмент банків, «володіють високими професійними навичками, спеціальною освітою, а отже, не можуть не усвідомлювати, що управлятимуть грошима, цінностями людей, які їм довірено» [39]. До того ж здійснення ризикових операцій у банківській сфері, на нашу думку, більше відповідає не умисній, а необережній формі вини.

Не виключає встановлення кримінальної відповідальності за необережне банкрутство М. Талан, пов'язуючи, щоправда, такий крок з підвищенням рівня правової культури у суспільстві [40, с. 41].

Цікава аргументація на користь криміналізації необережного банкрутства лунає з вуст ще одного російського дослідника І. Клепицького. Він пише, що необережне банкрутство є винним завданням майнової шкоди іншій особі, що споріднює цю норму з нормою про необережне знищення або пошкодження майна. Оскільки останнє тягне кримінальну відповідальність, І. Клепицький робить висновок про те, що немає причин і необережне банкрутство не розглядати як злочинне. Крім того, необережне банкрутство більш небезпечне, ніж знищення або пошкодження майна через необережність, оскільки завдає шкоду не лише майновим інтересам кредиторів, а і народному господарству в цілому, підриваючи довіру до кредитних відносин і позбавляючи економіку

необхідних для її успішного розвитку матеріальних ресурсів. У цьому разі йдеться про винні дії, що виходять за межі обґрунтованого господарського ризику. Врешті-решт криміналізація необережного банкрутства дозволить боротись з умисними банкрутськими зловживаннями [36, с. 254, 301 – 302].

Г. Болдарь висловила за доповнення КК України нормою про відповідальність за необережне вчинення засновником (учасником) або службовою особою діянь, що призвели до стійкої фінансової неспроможності банків та інших фінансових установ, містоутворюючих, стратегічних та особливо небезпечних підприємств, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі чи кредиторам. Свою точку зору науковець пояснювала згадуваною вище підвищеною суспільною небезпекою банкрутства зазначених суб'єктів господарювання [21, с. 160 – 161]. Зі схожими за змістом пропозиціями виступали і інші дослідники [41, с. 4].

Звернула Г.Є. Болдарь увагу і на ту обставину, що якщо притягувати до кримінальної відповідальності службову особу за невиконання обов'язків, яке призвело до банкрутства підприємства (необережність) (ст. 367 КК), то порушуватиметься підхід, згідно з яким умисний злочин визнається більш небезпечним, ніж необережний, оскільки санкція ст. 219 КК встановлює верхню межу основного покарання у виді обмеження волі до трьох років (сьогодні – штраф до трьох тисяч НМДГ) (злочин невеликої тяжкості) у той час, як санкція ч. 2 ст. 367 КК визначає верхню межу основного покарання як п'ять років позбавлення волі (злочин середньої тяжкості) [21, с. 157].

З цього приводу варто зазначити, що багатьма правниками висловлюється думка про те, що злісне банкрутство – це не просто умисне заподіяння шкоди, а обманне банкрутство, обман кредиторів, суду, явні, відкриті дії, іноді зухвалі, що умисно посягають на чуже майно. Інакше кажучи, фактично – це шахрайство [37, с. 28; 42, с. 314]. Думка не нова: своєрідним різновидом шахрайства називав банкрутство дореволюційний вчений І. Фойницький. У цьому контексті згадуються і слова В. Навроцького, котрий чи не всі новели розділу про злочини у сфері господарської діяльності відносить до різновидів шахрайства в його широкому розумінні [43, с. 281].

Справді, «злісне банкрутство» має багато спільних ознак із шахрайством, у зв'язку з чим логічно виникає питання: чому за шахрайство, вчинене в особливо великих розмірах (шістсот і більше НМДГ), передбачається покарання у виді позбавлення волі на строк від п'яти до дванадцяти років позбавлення волі з конфіскацією майна в той час, як за доведення до банкрутства, яке завдало кредиторам аналогічну матеріальну шкоду, може бути призначено основне

покарання лише у виді штрафу від двох тисяч до трьох тисяч НМДГ (зазначений основний вид покарання з урахуванням обмежень, закріплених ч. 2 ст. 59 КК, не дає можливості для передбачення додаткового покарання у виді конфіскації майна).

Правий Г.О. Усатий, котрий, аналізуючи пропозиції В. Улибіної збільшити розміри штрафу, передбачені ст. 219 КК, у своєму відгуку офіційного опонента вказує на те, що не можна за умов подальшої гуманізації вітчизняного кримінального законодавства свавільно та необґрунтовано збільшувати види та розміри покарань, які запропоновані законодавцем у чинній редакції цієї статті. Разом з тим останні зміни до адміністративного та кримінального законодавства в частині відповідальності за діяння, пов'язані з неплатоспроможністю (зокрема, згадане вище посилення санкцій ст. 166-5 КпАП), а також криміналізація низки порушень господарського законодавства дають підстави припустити, що законодавець поступово починає усвідомлювати очевидну передчасність проведеної в 2011 р. гуманізації кримінального законодавства в частині відповідальності за злочини у сфері господарської діяльності.

Знову ж погоджуючись з Г.О. Усатим у тому, що необхідно відшуковувати баланс між суворими та гуманними видами покарань, маємо відзначити, що останнім часом спостерігається істотне порушення такого балансу якраз через навряд чи виправдане ігнорування законодавцем інших, крім гуманізму, методів реалізації вітчизняної кримінально-правової політики. Видається, що красномовною ілюстрацією подібних невтішних тенденцій у кримінальній законотворчості може слугувати ст. 219 КК: суворість покарання, передбаченого її санкцією, є очевидно непропорційною суспільній небезпеці описуваних у диспозиції відповідної кримінально-правової норми дій, що особливо контрастує на фоні санкцій, передбачених ст. 166-5 КпАП. У черговий раз переконуємось у необхідності посилення передбаченої ст. 219 КК відповідальності за доведення до банкрутства.

Повертаючись до проблеми криміналізації необережного банкрутства, варто зазначити, що злободенність цієї проблеми посилюється у тому числі через очевидні труднощі встановлення і доказування умислу як обов'язкової суб'єктивної ознаки складу злочину «доведення до банкрутства».

Взагалі, як відомо, з усіх елементів складу злочину саме суб'єктивна сторона є найбільш складною для встановлення. З цього приводу в юридичній літературі справедливо зазначається, що суб'єктивні процеси є такими, що прямо не спостерігаються; їх не можна виміряти якимись приладами. Вину як щось суб'єктивне можна визначити тільки шляхом аналізу та оцінки

об'єктивних обставин вчиненого особою правопорушення. Тому досягнення істини при дослідженні суб'єктивних властивостей вчиненого діяння є відносним і цілком залежить, з одного боку, від сукупності об'єктивних фактів, зібраних і зафіксованих у встановленому порядку як докази, та, з іншого, від самого правозастосувача, його досвіду, знань, суб'єктивних особливостей [44, с. 11].

Враховуючи специфіку банківської діяльності, згадані труднощі ще більшою мірою притаманні ст. 218-1 КК, що, судячи з пояснювальної записки до законопроекту, цілком усвідомлювали і його автори. Вони писали: «Вкладники та інші кредитори банку опиняються в ситуації, коли їхні права порушуються внаслідок здійснення керівниками банку ризикових операцій із пов'язаними з банком особами. Більше того, ризикові операції у переважній більшості випадків проводяться опосередковано, а отже, відслідкувати схему шахрайства через розгалужене коло можливих її учасників заздалегідь не вбачається можливим». Додамо від себе: не лише відслідкувати, а і довести умисел учасників подібних схем, спрямованих на доведення банку до неплатоспроможності, дуже непросто.

Подібною точки зору дотримується і М. Саєнко, відзначаючи, що аналіз диспозиції ст. 218-1 КК дає підстави для висновку про те, що довести наявність складу злочину в діях певних осіб буде досить складно [27]. І. Клепицький як переконливий прибічник ідеї криміналізації необережного банкрутства з цього приводу зауважує, що із зовнішнього боку умисне та необережне банкрутство нічим не відрізняються (в обох випадках мають місце певні неефективні, безгосподарські дії); розмежувати ці види банкрутства можна лише за суб'єктивними, психологічними ознаками, встановити які в кримінальному процесі надзвичайно складно, а інколи – неможливо [36, с. 301]. Ще більш категорично висловлюється з цього приводу А. Вігірінський, на думку якого особа, винна у скоєнні злочину, караного за ст. 218-1 КК, повинна усвідомлювати, що сукупність саме її дій, рішень та вчинків спрямована на доведення банку до стану неплатоспроможності, усвідомлює та бажає цього. Це має бути тривала системна робота з сукупності дій, розтягнутих на значний проміжок часу, що фактично позбавляє можливості персоналізувати суб'єкт вчинення злочину. А якщо мова йтиме про вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою з розподілом ролей, то доведення їх спільного умислу, обізнаності одного про дії іншого фактично неможливе. Крім цього, банківські установи не функціонують у межах обмеженого простору, вони мають розгалужену мережу з розподілом повноважень між структурними

підрозділами, а тому вертикаль, яка б на вершині привела до особи, що приймала всі рішення та повинна за них відповідати, не буде простежуватися [39].

Водночас занадто категоричним виглядає таке твердження згаданого автора: «Наявні інститути ухвалення колективних рішень, припустімо про кредитування, де за рішення голосують члени комітету (комісії), і воно приймається більшістю голосів, взагалі унеможлиблює персоналізовану відповідальність» [39]. З кримінально-правової точки зору питання вирішується інакше: якщо доведення банку до неплатоспроможності стає результатом виконання рішення колегіального органу, яке є остаточним і обов'язковим, кожний учасник такого органу, котрий голосуванням чи в інший спосіб сприяв його прийняттю, за справедливим зауваженням В. Навроцького, має нести кримінальну відповідальність як виконавець злочину [5, с. 287]. Не повинна відповідати за доведення банку до неплатоспроможності та пов'язана з банком особа, яка голосувала проти ухвалення рішення, що призвело до віднесення банку до категорії неплатоспроможних. У тому разі, коли особа діяла, виконуючи обов'язкове для неї рішення колективного органу управління, питання про кримінально-правову оцінку її поведінки має вирішуватись з огляду на субінститут виконання наказу чи розпорядження (ст. 41 КК).

Повертаючись до проблеми суб'єктивної сторони розглядуваного злочину, зауважимо, що, на нашу думку, питання варто ставити в такому ключі: чи не порушує конструювання ст. 218-1 КК такий принцип криміналізації діянь, як принцип процесуальної здійсненності кримінального переслідування? З цього приводу згадуються слова Г. Злобіна, який свого часу відзначав, що загалом позитивна традиція радянського правознавства розглядати матеріальне кримінальне право та кримінальний процес як відносно самостійні галузі права, науки та юридичні дисципліни має і деякі негативні наслідки. До їх числа належить, зокрема, недостатнє врахування практичних можливостей достовірного встановлення деяких елементів складу злочину, сформульованого кримінальним законом [15, с. 231]. Як зазначається в юридичній літературі, свідомо прийняте правом ототожнення достовірно встановленого з дійсно існуючим і невстановленого (недоведеного) з неіснуючим у реальній дійсності дає суду можливість виносити компетентні і юридично правильні рішення у будь-якій справі – як тоді, коли обставини справи безсумнівно встановлені, так і у випадках завідомого незнання істотних обставин справи [45, с. 238]. Конструкція ж ст. 218-1 КК фактично позбавляє суд, як і інші правозастосовні органи, можливості достовірного встановлення ознак суб'єктивної сторони

складу передбаченого нею злочину і, відповідно, можливості винесення компетентного рішення у справі. Тим самим законодавець фактично створив усі «передумови» для поповнення за рахунок ст. 218-1 числа «мертвих» кримінально-правових норм. У науці кримінального права під такими нормами розуміють норми КК, які характеризуються конструктивними недоліками, незавершеністю законодавчої регламентації елементів складу злочину, передбачають неіснуючі умови реалізації кримінально-правових норм, які не знаходять правозастосування в діяльності судово-слідчих органів [46, с. 231].

Таким чином, схиляємося до думки про те, що, незважаючи на іманентно ризиковий характер, притаманний будь-якому виду підприємницької діяльності, включаючи банківську діяльність, на сучасному етапі розвитку господарської діяльності кримінально-правовий механізм охорони прав кредиторів не може бути ефективним без наявності у своєму арсеналі можливості кримінальної відповідальності за необережні діяння, які призвели до неплатоспроможності суб'єктів, банкрутство яких (у кримінально-правовому сенсі цього поняття) несе в собі підвищену, порівняно з іншими суб'єктами господарювання, суспільну небезпеку – банків, містоутворюючих, стратегічних, особливо небезпечних підприємств тощо. Перелік таких суб'єктів, як і текст відповідної кримінально-правової заборони, має бути визначений на підставі окремого наукового дослідження.

При цьому слід, зокрема, ураховувати застереження, зроблене в юридичній літературі: кримінальна відповідальність за діяння, пов'язані з банкрутством, повинна виключатись у випадку, якщо в поведінці особи вбачаються ознаки обґрунтованого комерційного ризику [47, с. 12]. До речі, застосовуючи ст. 218-1 і ст. 219 чинного КК, треба також встановлювати відсутність в діях особи виправданого ризику як обставини, що виключає злочинність діяння (ст. 42 КК).

Цікаво, що однією з основних тенденцій сучасного розвитку кримінального законодавства щодо банкрутства у світі є стирання меж між злісним і необережним банкрутством [48, с. 53]. У будь-якому разі та обставина, що у супровідних матеріалах, пов'язаних з прийняттям Закону № 218-VIII, не вдалося зустріти навіть натяку на проблему криміналізації необережного банкрутства банків, не може не свідчити про низький професійний рівень тих, хто нині займається законотворчою діяльністю.

Отже, можемо констатувати, що поспішне і не до кінця виважене рішення законодавця про доповнення КК ст. 218-1 ставить під сумнів можливість реалізації задекларованої мети ухвалення Закону № 218-VIII у частині

створення ефективного механізму протидії порушенням банківського законодавства у сфері доведення банків до неплатоспроможності. Ще більш категоричну позицію з цього приводу займає М. Саєнко, котра, визначаючи перспективи Закону № 218-VIII, стверджує, що прийняття його в існуючій редакції не тільки не знизить рівень конфліктогенності на ринку, а, навпаки, може погіршити ситуацію, остаточно підірвавши довіру до банківської системи України та органів державної влади [27].

Результативність ст. 218-1 КК виглядає малоімовірною і через те, що її застосуванню, крім «власних», проаналізованих вище вад, заважатимуть і ті проблемні аспекти, які дісталися їй у «спадок» та ускладнюють дію загальної щодо неї норми – ст. 219 КК (неохоплення об'єктивною стороною складу злочину, передбаченого ст. 219 КК, «чистої» бездіяльності; встановлення неплатоспроможності як ознаки відповідного складу злочину і преюдиціальність рішення господарського суду; встановлення великої матеріальної шкоди державі чи кредитору як кінцевого наслідку доведення до банкрутства, охоплення цим суспільно небезпечним наслідком упущеної вигоди та доцільність конструювання складу вказаного злочину як формального; складність доведення умислу як ознаки суб'єктивної сторони складу злочину тощо).

В теорії права усталеним є положення про те, що законотворчість лише в тому випадку досягає успіху, якщо вона ґрунтується на науковому знанні, правовій культурі і законодавчій техніці. Всі ці три складові у ситуації з включенням до КК статтею 218-1, на жаль, відсутні. Вказане у черговий раз переконує в тому, що якісний кримінальний закон може бути результатом лише сумлінної і неспішної праці професіоналів. Складно не погодитись з І. Клепицьким у тому, що жодні економічні, соціологічні і кримінологічні дослідження і прогнози не замінять кропіткої праці юриста-догматика [48, с. 60]. Сказане повною мірою стосується і можливої реалізації пропозицій, спрямованих на відновлення кримінальної відповідальності за частину господарських злочинів, безпідставно декриміналізованих у листопаді 2011 р., включаючи порушення, пов'язані із неплатоспроможністю. Поки що діяльність Верховної Ради України у частині оновлення кримінального закону дуже часто не є якісною і не може не викликати нарікань як у теоретиків, так і у практиків. Водночас, не дивлячись на наш скепсис щодо появи ст. 218-1 КК, висловимо сподівання на те, що ця кримінально-правова заборона все ж не поповнить когорту «мертвих» норм КК і застосовуватиметься на практиці, адже основна проблема у кримінально-правовій протидії зловживанням, пов'язаним із



банкрутством, у сьогоднішній Україні – в бажанні та вмінні застосовувати чинний кримінальний закон.

**Список використаних джерел:**

1. Барышева К. А. Уголовно-правовая защита прав кредиторов при банкротстве кредитных организаций : автореф. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / К. А. Барышева. – М., 2012. – 28 с.
2. Кримінальне право України : Загальна частина : підручник / За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – 456 с.
3. Кучер В. Г. Понятие и виды специальных норм Особенной части советского уголовного законодательства / В. Г. Кучер // Проблемы совершенствования советского законодательства. – 1990. – Вып. 48. – С. 110 – 115.
4. Свидлов Н. М. Специальные нормы в уголовном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Н. М. Свидлов. – М., 1979. – 19 с.
5. Навроцький В. О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посібник / В. О. Навроцький. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.
6. Горох О. П. Проблеми конструювання санкцій спеціальних кримінально-правових норм / О. П. Горох // Наукові записки національного університету «Києво-Могилянська академія». – 2009. – Т. 90. – С. 94 – 98.
7. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений / В. Н. Кудрявцев. – М. : Юрид. лит., 1972. – 352 с.
8. Марін О. К. Конкуренція кримінально-правових норм : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Марін Олександр Костянтинович. – Львів, 2001. – 232 с.
9. Устименко В. В. Специальный субъект преступления / В. В. Устименко. – Х. : Выща шк. Изд-во при ХГУ, 1989. – 104 с.
10. Улибіна В. О. Кримінальна відповідальність за доведення до банкрутства : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Улибіна Вікторія Олександрівна. – К., 2014. – 255 с.
11. Бірюков О. М. Правове регулювання ліквідації неспроможних банків : проблеми і шляхи їх розв'язання / О. М. Бірюков // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 3. – С. 124 – 128.
12. Яремко Г. З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Яремко

Галина Зіновіївна. – Львів, 2010. – 408 с.

13. Кримінальне право (Особлива частина) : підручник / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Т. 1. – Луганськ : видавництво «Елтон – 2», 2012. – 780 с.

14. Ревский Д. В. Доведение до банкротства : сравнительный анализ хозяйственно-правового и уголовно-правового регулирования / Д. В. Ревский // Экономика и право. – 2005. – № 2. – С. 144 – 150.

15. Кудрявцев В. Н. Основания уголовно-правового запрета. Криминализация и декриминализация / В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др.; под ред. В. Н. Кудрявцева, А. М. Яковлева. – М. : Наука, 1982. – 304 с.

16. Гонтарева: рефінансування допомагає банкам. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.bbc.co.uk/ukrainian/politics/2015/03/150306\\_gontareva\\_parliament\\_speech\\_she](http://www.bbc.co.uk/ukrainian/politics/2015/03/150306_gontareva_parliament_speech_she)

17. Кравцова О. М. Монопрофільні міста та містоутворюючі підприємства з точки зору упередження банкрутства / О. М. Кравцова // Экономика и управление. – 2014. – № 1. – С. 82 – 88.

18. Лисичанськ опинився на межі соціального вибуху. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://tyzhden.ua/Society/82631>

19. Голодний бунт на заводі «Лисичанська сода». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://volyn.rivne.com/ua/695>

20. Бондик В. А. Окремі проблеми банкрутства містоутворюючих та особливо небезпечних підприємств / В. А. Бондик, О. П. Подцерковний // Вісник господарського судочинства. – 2010. – № 1. – С. 121 – 127.

21. Болдарь Г. Є. Незаконні дії у разі банкрутства : проблеми кримінально-правової кваліфікації та вдосконалення законодавства : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Болдарь Галина Євгенівна. – Луганськ, 2007. – 226 с.

22. Боев О. В. Уголовная ответственность за преднамеренное и фиктивное банкротство кредитных организаций : автореф. канд. ... юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / О. В. Боев. – М., 2011. – 23 с.

23. Хто буде розплачуватися за борги «Дельта банку». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://espresso.tv/article/2015/03/03/nadto\\_khytkyy\\_schob\\_vpasty\\_khto\\_bude\\_rozplachuvatysya\\_za\\_borhy\\_quotdelta\\_bankuquot](http://espresso.tv/article/2015/03/03/nadto_khytkyy_schob_vpasty_khto_bude_rozplachuvatysya_za_borhy_quotdelta_bankuquot)

24. Панов М. І. Системність кримінального права і проблеми

удосконалення кримінального законодавства / М. І. Панов // Кримінальний кодекс України : 10 років очікувань : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму, 23–24 вересня 2011 р. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 311 – 317.

25. Казак К. Верховна Рада посилила відповідальність власників банків / К. Казак // Юрист&Закон. – 2015. – 19 березня 2015 р. – № 10.

26. Доведення банку до неплатоспроможності як новела Кримінального кодексу. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [bsb-partners.com/article/111#sthash.9JPdy65G.dpuf](http://bsb-partners.com/article/111#sthash.9JPdy65G.dpuf)

27. Саєнко М. Відповідальність перших осіб перед клієнтами : ілюзія чи реальність? / М. Саєнко // Юрист&Закон. – 5 березня 2015 р. – № 8.

28. Демидова Л. М. Проблеми кримінально-правової відповідальності за заподіяння майнової шкоди в Україні (майнова шкода як злочинний наслідок) : теорія, закон, практика : монографія / Л. М. Демидова. – Х. : Право, 2013. – 752 с.

29. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.

30. Злочини проти довкілля : кримінально-правова характеристика : практ. пос. / О. О. Дудоров, Д. В. Каменський, В. М. Комарницький, М. В. Комарницький, Р. О. Мовчан / за ред. О. О. Дудорова. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2014. – 616 с.

31. Мовчан Р. О. Про деякі проблеми кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах (ст. 239-2 КК України) / Р. О. Мовчан // Актуальні проблеми кримінальної відповідальності : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовт. 2013 р. / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. – Х. : Право, 2013. – С. 411 – 414.

32. Яницкий Ю.А. Проблемы конкуренции уголовно-правовых и административно-правовых норм // Российская юстиция. – 2008. – № 7. – С. 19 – 20.

33. Дудоров О. О. Злочини у сфері господарської діяльності : кримінально-правова характеристика / О. О. Дудоров. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 924 с.

34. Тимербулатов А. Х. Защита прав кредиторов в уголовном законодательстве Австрии, ФРГ и Швейцарии / А. Х. Тимербулатов // Государство и право. – 1994. – № 3. – С. 95 – 100.

35. Можайская Л. А. Уголовная ответственность за деяния, связанные с

банкротством, по Уголовному кодексу Германии // Государство и право. – 2005. – № 3. – С. 72 – 76.

36. Клепицкий И. А. Система хозяйственных преступлений / И. А. Клепицкий. – М.: Статут, 2005. – 572 с.

37. Грек Б. М. Кримінально-правова відповідальність за фіктивне банкрутство та доведення до банкрутства : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Грек Борис Миколайович. – К., 2005. – 206 с.

38. Фролова О. Г. Злочини, пов'язані з банкрутством, в Україні : кримінально-правова характеристика : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Фролова Олена Григорівна. – К., 2006. – 211 с.

39. Андрій Вігірінський: Рятівний круг для НБУ: відповідальність пов'язаних з банками осіб – не більше, ніж черговий популізм. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://blogs.lb.ua/andriy\\_vigirinskiy/298073\\_ryativniy\\_krug\\_nbu.html](http://blogs.lb.ua/andriy_vigirinskiy/298073_ryativniy_krug_nbu.html)

40. Талан М. В. Законодательство европейских государств о налоговых преступлениях и ответственности за банкротство и юридических лиц / М. В. Талан // Актуальные проблемы юридической ответственности за нарушения в сфере экономической деятельности и налогообложения : материалы третьей научно-практической конференции / отв. ред. Л. Л. Кругликов. – Ярославль : Яросл. гос. ун-т, 2004. – С. 38 – 43.

41. Тимербулатов А. Неосторожное банкротство как противоправное деяние / А. Тимербулатов // Законность. – 2000. – № 11. – С. 2 – 4.

42. Володін А. В. Доведення суб'єктів господарської діяльності до банкрутства внаслідок недобросовісного господарювання / А. В. Володін // Вісник Донецького національного університету. Серія В: економіка і право. – 2009. – Вип. 2. – С. 313 – 317.

43. Навроцький В. О. Середньострокові тенденції розвитку кримінального права України / В. О. Навроцький // Кримінальний кодекс України : 10 років очікувань : тези доповідей та повідомлень учасників Міжнародного симпозіуму, 23–24 вересня 2011 р. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. – С. 279 – 282.

44. Склярів С. В. Вина и мотивы преступного поведения / С. В. Склярів. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 326 с.

45. Злобин Г. А. Умысел и его формы / Г. А. Злобин, Б. С. Никифоров. – М. : Юрид. лит., 1972. – 264 с.

46. Дмитрук М. «Мертві норми» КК України: спроба наукового пояснення поняття та причин виникнення / М. Дмитрук // Право України. – 2010. – № 6. –

С. 226 – 231.

47. Светачев П. А. Уголовно-правовая ответственность за банкротство : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / П. А. Светачев. – М., 1997. – 24 с.

48. Клепицкий И. А. Банкротство как преступление в современном уголовном праве / И. А. Клепицкий // Государство и право. – 1997. – № 11. – С. 52 – 60.

*Піддається критичному аналізу кримінально-правова заборона, присвячена відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності, з'ясовано її вади. Обґрунтовується положення про недоцільність доповнення КК України статтею 218-1. Висвітлюється співвідношення останньої зі статтею 219 КК України «Доведення до банкрутства» як загальною кримінально-правовою нормою, а також нормами про адміністративну відповідальність за порушення банківського законодавства. В порядку розкриття змісту бланкетної диспозиції статті 218-1 КК України розглядається співвідношення понятійного апарату цієї кримінально-правової заборони з понятійним апаратом регулятивного законодавства (банківського, про банкрутство). Зроблено узагальнюючий висновок про те, що доповнення КК України статтею 218-1 в її чинній редакції не дозволяє реалізувати задекларовану мету створення ефективного механізму протидії порушенням законодавства в частині доведення банків до неплатоспроможності.*

**Ключові слова:** банк, доведення до неплатоспроможності, банкрутство, злочин, загальна і спеціальна норми, пов'язані з банком особи, бланкетність.

*Подвергается критическому анализу уголовно-правовой запрет, посвященный ответственности за доведение банка до неплатежеспособности, указаны недостатки данного запрета. Обосновывается положение о нецелесообразности дополнения УК Украины статьей 218-1. Рассматривается ее соотношение со статьей 219 УК Украины «Доведение до банкротства» как общей уголовно-правовой нормой, а также нормами законодательства об административной ответственности за нарушения банковского законодательства. В порядке раскрытия содержания бланкетной диспозиции статьи 218-1 УК Украины показано соотношение понятийного аппарата данного уголовно-правового запрета с*

понятийным аппаратом регулирующего законодательства (банковского, о банкротстве). Сделан обобщающий вывод о том, что дополнение УК Украины статьей 218-1 в ее действующей редакции не позволяет реализовать задекларированную цель создания эффективного механизма противодействия нарушениям законодательства в части доведения банков до неплатежеспособности.

**Ключевые слова:** банк, доведение до неплатежеспособности, банкротство, преступление, общая и специальная нормы, связанные с банком лица, бланкетность.

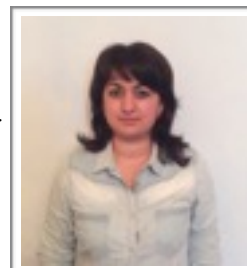
*Criminal law ban dedicated to liability for bringing a bank to insolvency is subjected to a critical analysis, deficiencies of this ban are pointed out. Position about inappropriateness of adding Article 218-1 to the Criminal Code of Ukraine is substantiated. Its relationship with the Article 219 of the Criminal Code of Ukraine “Bringing to Bankruptcy” as the general criminal law norm and also norms of legislation on administrative liability for violations of banking laws are considered. In the order of disclosure of blanket disposition of Article 218-1 of the Criminal Code of Ukraine the relation of the conceptual apparatus of this criminal law norm with the conceptual apparatus of regulatory legislation (banking, about bankruptcy) is demonstrated. A synthesized conclusion that the addition of Article 218-1 to the Criminal Code of Ukraine in its current wording does not allow to implement the declared goal of establishing an effective mechanism to combat violations of the law in terms of bringing banks to insolvency.*

**Keywords:** bank, bringing to insolvency, bankruptcy, crime, general and special norms, persons related to the bank, blanketness.

# ФАКТИЧНІ ПОМИЛКИ СПІВУЧАСНИКА ЩОДО ОБСТАВИН ВЧИНЮВАНОГО ЗЛОЧИНУ ТА СУБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ ЩОДО ОБСТАВИН, ЯКІ КОРЕСПОНДУЮТЬ З ОЗНАКАМИ СПІВУЧАСТІ: ВПЛИВ НА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВУ КВАЛІФІКАЦІЮ

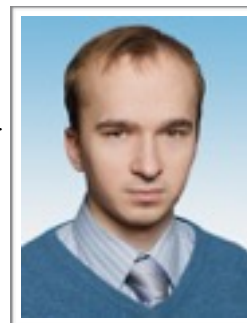
**Айдинян Анжела Василівна**

*аспірант кафедри кримінального права та кримінології  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка*



**Задоя Костянтин Петрович**

*доцент кафедри кримінального права та кримінології  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,  
кандидат юридичних наук, доцент*



## *1. Вступні зауваги*

Фактична помилка є однією з найскладніших проблем, які можуть виникати при кримінально-правовій кваліфікації. Дослідженню цього кримінально-правового явища у різний час були присвячені роботи В.Ф. Кириченка, В.А. Якушина, П.С. Дагеля, О.І. Рарога, Ф.Г. Гілязева, Т.І. Безрукової, М.Б. Фаткулліної, З.Г. Алієва, В.А. Вапсви, О.Д. Комарова, О.Ю. Прохорова. Однак, незважаючи на це, цілий ряд питань, пов'язаних з фактичною помилкою, лишається малодослідженим. Вважаємо, що одним із таких питань є кримінально-правове значення фактичної помилки: а) співучасника щодо обставин вчинюваного злочину; б) суб'єкта злочину щодо обставин, які кореспондують з ознаками співучасті у злочині. Ця проблематика лише побіжно розглядалась у спеціальних дослідженнях присвячених фактичній помилці, а також у наукових роботах (розділах робіт), присвячених співучасті у злочині та проблемам кваліфікації злочинів (І.П. Малахов, В.І. Санталов, Л.Г. Кобіашвілі, В.О. Навроцький, Ф.Г. Бурчак та інші).

У теорії кримінального права пропонуються різні підходи до розуміння фактичної помилки. Різноманіття думок стосується і родового поняття помилки

(омана, неправильна оцінка, неправильне уявлення, психічне ставлення, знання тощо), і предмету помилки (обставин, щодо яких помилка може мати місце). Так, В.А. Якушин такими обставинами називає об'єктивні властивості діяння, які характеризують його як злочин [1, с. 35; 2, с. 250]; В.Ф. Кириченко – фактичні ознаки або властивості вчиненого діяння та його наслідків [3, с. 16]; М.Б. Фаткулліна – фактичні обставини скоюваного ним діяння [4, с. 24]; З.Г. Алієв – об'єктивні властивості, які відносяться до елементів складу злочину, або обставин, що виключають злочинність діяння [5, с. 4]. У зв'язку з такою неоднозначністю позицій щодо поняття помилки вважаємо за необхідне у загальній формі сформулювати власну позицію на цей рахунок. Родовим поняттям помилки, на нашу думку, має бути словосполучення “неправильна оцінка”, а предметом помилки є фактичні обставини, що мають кримінально-правове значення (такі обставини не обмежуються конструкцією складу злочину, а і можуть знаходитися за його межами). При цьому важливою ознакою видається також те, що за фактичної помилки неправильна оцінка має “зовнішній” вираз у діянні, яким заподіюється шкода об'єкту кримінально-правової охорони, адже інакше питання кримінально-правової оцінки не постає. Крім того, ця неправильна оцінка має свої часові “межі” - вона обов'язково наявна під час вчинення відповідного діяння. Таким чином, за нашим підходом фактична помилка – це неправильна оцінка особою під час вчинення діяння, яким заподіюється шкода об'єкту кримінально-правової охорони, фактичної обставини, що має кримінально-правове значення.

Кримінально-правове значення фактичної помилки може залежати, зокрема, від її виду – сумлінна (вибачлива) чи несумлінна (невибачлива). Вважається, що сумлінна фактична помилка має місце у разі, якщо особа за уважного і сумлінного (добросовісного) відношення до справи не могла уникнути цієї помилки. Натомість невибачливість помилки означає, що за уважного ставлення до справи особа змогла б її уникнути [6, с. 212]. Саме таким чином надалі розумітимуться сумлінні та несумлінні фактичні помилки.

Тісний зв'язок помилки з виною обумовлює потребу в уточненні нашого розуміння вини. На наше переконання, вина є елементом суб'єктивної сторони складу злочину, зміст якого може включати психічне ставлення до фактичних обставин, які кореспондують не лише з діянням та наслідками. Не вдаючись в проблему коректності формулювань статей 23-25 Кримінального кодексу України (далі – КК України), вважаємо, що зміст вини може обумовлюватися психічним ставленням до фактичних обставин, які кореспондують не лише



діянню чи наслідкам, але і таким об'єктивним ознакам складу злочину, як, наприклад, потерпілий від злочину.

Варто також застерегти, що деякі із теоретичних позицій, які будуть наведені нижче, відзначатимуться серйозною умовністю, обумовленою змістом норм кримінального права України, що утворюють інститут співучасті у злочині, а також усталеними підходами до їх інтерпретації в українській правовій системі:

1) кримінальне законодавство України відзначається глибинною внутрішньою суперечністю в частині юридичної природи співучасті у злочині. З нормативної дефініції співучасті (ст. 26 КК) випливає, що діяльність співучасників розглядається законодавцем як єдиний (одиничний) злочин. Такий підхід є відображенням так званої акцесорної теорії співучасті у злочині. З іншого боку, відповідно до ч.ч. 1, 2 ст. 29 КК співучасникам різних видів ставляться у вину різні склади злочинів, що швидше кореспондує з доктринальними уявленнями про співучасть у злочині, виробленими в рамках наукових концепцій, альтернативних акцесорній теорії. Інкримінування співучасникам різних видів різних складів злочинів *de facto* означає, що вони вчиняють не один, а різні злочини;

2) у науковій літературі загалом справедливо стверджується, що умисел співучасників має свої особливості. Зокрема, С.Д. Шапченко вказує, що специфічний кримінально-правовий зміст умислу при вчиненні злочину у співучасті включає психічне ставлення до чотирьох груп обставин: а) обставин, що характеризують спільність діянь кількох осіб; б) обставин, що характеризують іншу особу (кількох осіб) як суб'єкта (суб'єктів) злочину; в) обставини, які визначають характер взаємодії кількох суб'єктів злочинів між собою; г) обставини, які визначають характер та видові особливості злочину, що вчиняються у співучасті [7, с. 44].

Психічне ставлення до перших трьох із перерахованих груп обставин властиве виключно умислу співучасника та не властиве умислу особи, яка вчиняє злочин одноособово. Однак при цьому ч. 1 ст. 29 КК не виключає того, що кваліфікація дій виконавця (співвиконавця) може здійснюватись так само, як і кваліфікація дій особи, яка вчиняє злочин одноособово. Якщо стаття Особливої частини КК передбачає кваліфікуючу ознаку “вчинення злочину групою осіб” чи “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб”, кримінально-правова оцінка дій співвиконавців буде різнитись від кримінально-правової оцінки дій особи, що вчиняє злочин одноособово, оскільки останній вказані кваліфікуючі ознаки не можуть бути поставлені у вину. При цьому саме

такі ознаки у поєднанні з положеннями ст. 24 КК, очевидно, й будуть “фіксувати” окреслені вище особливості умислу співвиконавців. Якщо ж у статті Особливої частини КК ознаки “вчинення злочину групою осіб” чи “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб” не передбачені, або ж якщо злочину вчиняється у так званій співучасті з розподілом ролей (у вчиненні злочину беруть участь співучасники різних видів), дії виконавця чи співвиконавців злочину будуть одержувати таку ж саму кримінально-правову оцінку, що й дії особи, яка вчиняє злочин одноособово. Однак як наслідок постає цілком закономірне запитання — яке ж положення кримінального закону “фіксуватиме” в такому випадку особливості умислу виконавця чи співвиконавців злочину?

3) вище вже відзначалось, що зміст умислу співучасників включає в себе також і психічне ставлення до обставин, які визначають характер взаємодії кількох суб'єктів злочинів між собою. При цьому в теорії кримінального права в залежності від характеру взаємодії співучасників між собою виокремлюють так звані форми співучасті. На сьогодні вітчизняна кримінально-правова наука не дійшла консенсусу щодо форм співучасті за кримінальним правом України, однак з огляду на стан сучасного вчення про співучасть у злочині не виключається, що форми останньої можуть одержувати однакову кримінально-правову кваліфікацію.

Наприклад, якщо стаття Особливої частини КК не передбачає кваліфікуючих ознак “вчинення злочину групою осіб”, “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб” та “вчинення злочину організованою групою”, будуть кваліфікуватись ідентично і випадки співвиконавства у злочині певного виду, і випадки вчинення злочину цього ж виду у так званій співучасті особливого роду (наприклад, вчинення злочину організованою групою). При цьому вказані прояви співучасті у злочині різняться за характером взаємодії співучасників між собою. Відповідно, різниться й психічне ставлення співучасників до особливостей такої взаємодії. Однак оцінка обох вищенаведених кримінально-правових ситуацій за одним і тим самим положенням Особливої частини КК зазначеної відмінності, на жаль, жодним чином не відображає.

Таким чином, перераховані вище концептуальні суперечності у нормативній регламентації співучасті у злочині та у доктринальному вченні про неї суттєво впливатимуть на валідність висновків щодо оцінки окремих кримінально-правових ситуацій, у тому числі — ситуацій коли у поведінці суб'єкта (суб'єктів) злочину має місце фактична помилка.

## 2. Структура дослідження

У фокусі нашої уваги будуть дві групи помилок:

- 1) помилки співучасників злочину щодо певних обставин, які не кореспондують з юридичними ознаками співучасті у злочині або з ознаками її окремих форм;
- 2) помилки суб'єктів злочину щодо обставин, які кореспондують з юридичними ознаками співучасті у злочині.

## 3. Помилка щодо обставин, які не кореспондують з юридичними ознаками співучасті у злочині або з ознаками її окремих форм<sup>1</sup>

До даної групи фактичних помилок, на нашу думку, необхідно віднести наступні кримінально-правові ситуації:

1) фактична помилка наявна у поведінці лише одного із співучасників – у такому випадку ця помилка повинна впливати лише на кваліфікацію його дій (наприклад, підбурювач до умисного вбивства помилково вважає, що потерпіла, яку було позбавлено життя, є малолітньою дитиною, хоча насправді їй виповнилось 15 років – у такому разі дії підбурювача мають кваліфікуватися за ч. 4 ст. 27, ч. 2 ст. 15, п. 2) ч. 2 ст. 115, а дії всіх інших співучасників – з інкримінуванням їм лише ч. 1 ст. 115 КК);

2) одна й та сама фактична помилка наявна у поведінці кількох (всіх) співучасників – у такому випадку помилка повинна впливати на кваліфікацію поведінки всіх співучасників однаковим чином (наприклад, і виконавець умисного вбивства, і підбурювач до нього помилково вважали, що потерпіла, яку було позбавлено життя, є малолітньою дитиною, хоча насправді їй виповнилось 15 років – у такому випадку їх дії мають кваліфікуватися з інкримінуванням їм ч. 2 ст. 15, п. 2) ч. 2 ст. 115, а дії підбурювача – ще й за ч. 4 ст. 27 КК).

Дане правило, на нашу думку, повинно стосуватись і тих випадків, коли щодо однієї й тієї самої обставини один із співучасників помиляється сумлінно, а інший — несумлінно. Наприклад, і виконавець умисного вбивства, і пособник помилково вважали, що потерпілій, яку було позбавлено життя, виповнилось 15 років, хоча насправді їй було 13 років та 11 місяців, тобто вона була малолітньою дитиною, однак, при цьому виконавець міг і повинен був передбачити, що потерпіла є малолітньою (у його поведінці наявна несумлінна

<sup>1</sup> У межах даного параграфу ми будемо брати до уваги лише ситуації, коли фактична помилка впливає на кримінально-правову кваліфікацію.

фактична помилка), а пособник – ні (у його поведінці наявна сумлінна фактична помилка) – у такому разі дії виконавця мають кваліфікуватися за ч. 1 ст. 115 КК, а дії пособника – за ч. 5 ст. 27, ч. 1 ст. 115 КК);

3) у поведінці кількох (всіх) співучасників наявні фактичні помилки, які стосуються різних фактичних обставин, – у такому випадку ці помилки повинні впливати лише на кваліфікацію дій тих співучасників, у поведінці яких вони наявні (наприклад, пособник в умисному вбивстві помилково вважає, що потерпіла, яку було позбавлено життя, є малолітньою дитиною, хоча насправді їй виповнилось 15 років, а виконавець, у свою чергу, помилково вважає, що обраний ним спосіб вчинення злочину є небезпечним для життя багатьох осіб – дії пособника мають кваліфікуватися за ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 15, п. 2 ч. 2 ст. 115, а дії виконавця – за ч. 2 ст. 15, п. 5 ч. 2 ст. 115 КК).

Сформульовані вище позиції щодо впливу помилки на кримінально-правову оцінку дій співучасників потребують деяких пояснень:

а) у теорії кримінального права існують різні думки з приводу того, як саме мають кваліфікуватись ситуації, коли суб'єкт вважає існуючими обставини, які в реальності не мають місця. Ми визначили для себе як пріоритетний найбільш поширений в науковій літературі [8, с. 43] та правозастосовчій практиці (див., наприклад, абз. 2 п. 9 постанови Пленуму Верховного Суду України (далі — ППВСУ) “Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи” від 7 лютого 2003 року № 2) підхід, відповідно до якого дії особи кваліфікуються за спрямованістю її умислу, тобто як закінчений замах на злочин, який характеризується обставинами, щодо яких суб'єкт помилявся;

б) щодо підходу до кримінально-правової оцінки, запропонованого у пункті 1), потрібно вказати на його неоднозначність та проблемність. В абз. 4 п. 10 ППВСУ “Про судову практику в справах про злочини проти життя і здоров'я людини” № 1 від 01.04.1994 р. (втратила чинність) дії суб'єктів у подібних кримінально-правових ситуаціях пропонувалось кваліфікувати за сукупністю злочинів – як замах на злочин, який особа намагалася вчинити, та як умисне вбивство без обтяжуючих обставин (за відсутності інших обтяжуючих обставин). Хоча у ППВСУ “Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я” від 7 лютого 2003 року №2 подібного правила кваліфікації вже не має, воно тим не менш продовжує зберігати актуальність для вітчизняної правозастосовчої практики.

Пропонований Пленумом Верховного Суду України (далі — ВСУ) підхід поділяється також деякими науковцями, зокрема В.Ф. Кириченком [8, с. 58].

Інші вчені (наприклад, С.В. Бородін [9, с. 143] та Т.І. Безрукова [10, с. 24-25]) вбачають у поведінці закінчений злочин з відповідною кваліфікуючою ознакою особи. Натомість, зокрема, В.А. Якушин, М.Б. Фаткулліна та З.Г. Алієв формулюють загальне правило, відповідно до якого діяння, під час вчинення якого суб'єкт вважав, що наявні кваліфікуючі ознаки за фактичної їх відсутності, слід кваліфікувати як замах на вчинення злочину з кваліфікуючими ознаками [1, с. 86-87; 4, с. 102; 5, с. 88-89].

Як видно із запропонованого у першому пункті підходу, ми поділяємо останню позицію. Кваліфікувати дії суб'єкта за сукупністю злочинів видається некоректним, оскільки така сукупність є штучною та являє собою порушення конституційного принципу недопустимості подвійної відповідальності за одне й те саме правопорушення (ч. 1 ст. 61 Конституції України).

Можна погодитись з Т.І. Безруковою у тому, що при кримінально-правовій оцінці пріоритет треба віддавати спрямованості умислу. Однак для інкримінування особі закінченого злочину самої лише спрямованості умислу відверто недостатньо. Відтак, запропонований цією авторкою варіант кримінально-правової кваліфікації також видається нам невдалим.

Оцінка діяння суб'єкта як замаху на злочин з відповідною кваліфікуючою ознакою також має певні недоліки, але, на наше переконання, цей варіант кримінально-правової кваліфікації є *minima de malis*.

в) кримінально-правова ситуація, описана вище в другому абзаці пункту 2), теж потребує деяких пояснень. Вітчизняна правозастосовна практика допускає можливість “необережного” ставлення суб'єкта до окремих об'єктивних обставин при вчиненні умисного злочину. Підтвердженням висловленої тези може слугувати абз. 1 п. 6 ППВСУ “Про судову практику у справах про злочини проти життя та здоров'я” від 7 лютого 2003 року № 2, відповідно до якого під убивством малолітньої дитини (п. 2 ч. 2 ст. 115 КК) розуміється умисне позбавлення життя особи, якій не виповнилося 14 років. Ця кваліфікуюча ознака наявна тоді, коли винний достовірно знав, що потерпілий є малолітнім, або припускав це, або за обставинами справи повинен був і міг це усвідомлювати. Аналогічний підхід відображений також в абз. 2 п. 10 ППВСУ “Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи” від 30 травня 2008 року № 5 та з певними застереженнями в абз. 2 п. 4 ППВСУ “Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність” від 27 лютого 2004 року №2 (в останньому положенні, говорячи про ставлення суб'єкта злочину до віку потерпілого,

Пленум ВСУ оперує відверто некоректним формулюванням “повинна була або могла про це знати”, яке не узгоджується з нормативним змістом (ч. 2 ст. 25 КК) злочинної недбалості).

Окреслений вище підхід викликає дуже серйозні сумніви. Визначаючи діяння як таке, що вчинене умисно або з необережності, вказував В.М. Кудрявцев, ми даємо цілісну характеристику його суб’єктивних ознак, однак в дійсності ця цілісна характеристика є складною. Вона складається з психічного ставлення суб’єкта до окремих об’єктивних ознак, а ці ознаки різноманітні [11, с. 175]. Б.С. Нікіфоров зазначав, що у складі умисного злочину кожна об’єктивна ознака усвідомлюється, в складі необережного злочину хоча б одна ознака не усвідомлюється, однак може і повинна усвідомлюватись [11, с. 178]. З наведеного випливає, що інкримінування в межах умисного злочину “фрагментів необережності” (обставин, ставлення до яких є “необережним”) є неприпустимим. Отже, навіть несумлінна фактична помилка, зокрема, щодо віку потерпілої особи має виключати інкримінування відповідної кваліфікуючої ознаки;

г) усі сформульовані вище правила кваліфікації ґрунтуються на тому, що наявні у поведінці суб’єктів фактичні помилки не “перекреслюють” факту вчинення злочину у співучасті і впливають лише на кваліфікацію тих співучасників, у поведінці яких наявна та або інша помилка. Як наслідок, співучасникам можуть ставитись у вину різні склади злочинів.

Такий підхід, на нашу думку, не є чимось екстраординарним з огляду на те, що законодавець допускає можливість інкримінування співучасникам різних видів різних складів злочинів. Якщо за логікою законодавця така кваліфікація узгоджується із юридичною природою співучасті у злочині як умисної спільної участі у вчиненні *одного (одиночного) злочину*, то тим більше буде узгоджуватись з нею інкримінування різним співучасникам різних складів злочинів з огляду на наявні в їх поведінці фактичні помилки.

Втім слід наголосити, що і підхід законодавця до кваліфікації діянь окремих співучасників, і вищезапропоновані нами правила впливу фактичної помилки на кримінально-правову оцінку діянь співучасників злочину, на жаль, є внутрішньо суперечливими на концептуальному рівні.

#### *4. Помилки суб’єктів злочину щодо обставин, які кореспондують з юридичними ознаками співучасті у злочині або з ознаками її окремих форм*

Складається враження, що значно більше труднощів при кримінально-правовій кваліфікації має викликати друга із вказаних нами вище груп

фактичних помилок, а саме — помилки суб'єктів злочину щодо обставин, які кореспондують з юридичними ознаками співучасті у злочині або з ознаками її окремих форм.

На нашу думку, до їх числа слід віднести наступні кримінально-правовій ситуації:

- а) суб'єкт, помиляється щодо юридично значимих обставин (ознак), які характеризують особу, спільно з якою він вчиняє злочин;
- б) суб'єкт помиляється в особі іншого “співучасника”<sup>1</sup>;
- в) суб'єкт помиляється щодо наявності домовленості між ним та іншою особою про спільне вчинення злочину;
- г) суб'єкт помиляється щодо мотивів та мети іншого співучасника.

#### *4.1. Помилка щодо юридично значимих обставин (ознак), які характеризують іншу особу як суб'єкта злочину.*

Прикладом такої помилки може бути ситуація, коли суб'єкт вважає, що особа, яка разом з ним бере участь у вчиненні злочину, досягла віку кримінальної відповідальності, але насправді це не відповідає дійсності (суб'єкт схиляє вчинити шахрайство особою, яку вважає 16-річною, а реально їй виповнилось 15 років і 10 місяців). Вважаємо, що такий тип помилки в ряді випадків не впливає на кримінально-правову кваліфікацію поведінки особи, а в інших випадках – впливає. Кримінально-правовий вплив фактичної помилки на кваліфікацію буде відсутній у таких випадках:

1) суб'єкт злочину безпосередньо виконує об'єктивну сторону відповідного злочину самостійно, а помилка стосується обставин, які характеризують особу, що організувала вчинення злочину чи керувала його підготовкою або вчиненням, або схилила суб'єкта до вчинення злочину, або сприяла вчиненню злочину чи його приховуванню (наприклад, суб'єкт залучив до вчинення крадіжки 13-річну особу, помилково вважаючи, що їй виповнилось 14 років, роль якої у вчиненні злочину зводилась до того, щоб після вчинення злочину знищити окремі його сліди).

У такому разі помилка не матиме кримінально-правового значення для кваліфікації, а дії суб'єкта злочину одержуватимуть оцінку лише за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК, оскільки і кваліфікація дій особи, що вчиняє злочин одноособово, і кваліфікація дій виконавця злочину, який вчиняється у співучасті з розподілом ролей, мають однаковий зовнішній

---

<sup>1</sup> Термін вжито у лапках, оскільки нижче буде продемонстровано, що при подібних помилках не можна вести мову про співучасть у злочині.

вираз на рівні формули кваліфікації та юридичного формулювання обвинувачення;

2) суб'єкт злочину виконує об'єктивну сторону відповідного злочину спільно з іншою особою (іншими особами), щодо характеристик якої (яких) він помиляється, і при цьому юридичні склади злочину відповідного виду (різновиду):

а) взагалі не передбачають таких обтяжуючих обставин, як “вчинення злочину групою осіб”, “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб”, “вчинення злочину організованою групою”, “вчинення злочину злочинною організацією” (наприклад, суб'єкт спільно з іншою особою, яку помилково вважав такою, що досягла 16-річного віку, вчинив умисне знищення чужого майна, що заподіяло шкоду у великих розмірах);

б) передбачають ознаку “вчинення злочину організованою групою”, але домовленість між суб'єктом злочину та іншими особами стосувалась вчинення лише одного злочину, який не потребує довготривалої підготовки<sup>1</sup> (наприклад, суб'єкт спільно з двома іншими особами, яких помилково вважав таким, що не досягла 16-річного віку, вчинив погрозу вбивством щодо працівника правоохоронного органу у зв'язку з виконанням ним службових обов'язків);

в) передбачають ознаку “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб”, але домовленість щодо спільного вчинення суспільно небезпечної поведінки між суб'єктом злочину та іншою особою (іншими особами) була досягнута після того як суб'єкт розпочав виконувати об'єктивну сторону злочину відповідного виду (різновиду) (наприклад, суб'єкт розпочав вчиняти квартирну крадіжку, проникнувши у житло потерпілого, а потім запропонував долучитись до її вчинення 13-річній особі, яку помилково вважав такою, що досягла 14-річного віку).

У випадках, які описано в пункті а) помилка не впливає на кримінально-правову кваліфікацію, оскільки і кваліфікація дій особи, що вчиняє злочин, юридичні склади якого не передбачають перерахованих вище обставин, одноособово, і кваліфікація дій особи, яка вчиняє такий злочин у співвиконавстві або у співучасті особливого роду має тотожний зовнішній вираз на рівні традиційних форм відображення кваліфікації злочинів. У випадку, який описано в пункті б), помилка не впливає на кримінально-правову кваліфікацію,

---

<sup>1</sup> Хоча в ч.ч. 3, 4 ст. 28 КК досить недвозначно говориться про те, що організована група та злочинна організація створюються з метою вчинення кількох злочинів, ми не будемо відкидати й зміст п.п. 9, 10 ППВСУ “Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями” від 23 грудня 2005 року № 13, в яких зазначено, що вказані вище різновиди злочинних об'єднань можуть створюватися з метою вчинення одного злочину, який вимагає довготривалої підготовки.



оскільки і кримінально-правова оцінка дій особи, що вчиняє злочин, юридичні склади якого передбачають лише ознаку “вчинення злочину організованою групою”, одноособово, і кримінально-правова оцінка дій особи, яка вчиняє такий злочин у співвиконавстві з іншою особою, мають тотожний зовнішній вираз на рівні традиційних форм закріплення кваліфікації злочинів (ознака “вчинення злочину організованою групою” не може “представляти” у юридичному складі злочину більш прості прояви співучасті, передбачені в ч.ч. 1 та 2 ст. 28 КК). У третьому випадку помилка є нерелевантною, оскільки і юридична оцінка поведінки особи, що одноособово вчиняє злочин, юридичні склади якого передбачають ознаку “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб”, і юридична оцінка дій особи, що вчиняє такий злочин у співвиконавстві без попереднього порозуміння з іншою особою, також має однаковий зовнішній вираз;

3) у вчиненні злочину (у виконанні його об’єктивної сторони) беруть участь декілька (більше двох) осіб:

а) більше двох осіб спільно вчиняють злочин, один з юридичних складів якого передбачає ознаку “вчинення злочину групою осіб”, при цьому всі особи виконують його об’єктивну сторону (наприклад, троє суб’єктів спільно вчиняють зґвалтування);

б) більше двох осіб за попереднім порозумінням спільно вчиняють злочин, один з юридичних складів якого передбачає ознаку “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб”, при цьому всі особи виконують його об’єктивну сторону (наприклад, троє суб’єктів спільно вчиняють крадіжку);

в) більше трьох членів організованої групи чи злочинної організації спільно вчиняють злочин, юридичні склади якого передбачають ознаку “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб” та/або ознаку “вчинення злочину організованою групою” (наприклад, троє членів організованої групи спільно вчиняють розбій).

У всіх трьох наведених ситуаціях фактична помилка щодо ознак, які характеризують одну із осіб як суб’єкта злочину, не має значення, оскільки кількісний склад осіб, які безумовно є суб’єктами злочину, дозволяє в усіх наведених ситуаціях інкримінувати винним закінчений злочин відповідного виду (різновиду).

Окремо слід відзначити, що у всіх вищеперерахованих випадках, коли фактична помилка, на наш погляд, не має значення для кримінально-правової кваліфікації, визначальним для такого висновку було порівняння оцінки скоєного особою (особами) за відсутності обставини, щодо якої мала місце

помилка, та за її наявності. Разом із тим вважаємо незайвим ще раз акцентувати увагу на тезі, висловленій нами у вступі до цієї публікації — законодавчі, правозастосовчі та теоретичні правила кримінально-правової оцінки злочинів, вчинених у співучасті, на сьогодні відзначаються глибинними суперечностями, які применшують валідність сформульованих нами правил щодо впливу фактичної помилки на кваліфікацію скоєного.

Тепер окреслимо коло ситуацій, коли помилка щодо юридично значимих обставин (ознак), які характеризують особу, спільно з якою суб'єкт вчиняє злочин, впливає на кваліфікацію:

1) особа, яка організовує вчинення злочину відповідного виду (різновиду) чи керує його підготовкою або вчиненням, або схиляє іншу особу до вчинення злочину, або сприяє вчиненню злочину чи його приховуванню і при цьому помиляється стосовно обставин, які характеризують особу, що безпосередньо виконала його об'єктивну сторону (наприклад, суб'єкт схилив 13-річну особу вчинити викрадення чужого майна, думаючи, що їй виповнилось 14 років);

2) особа, яка виконує об'єктивну сторону злочину певного виду (різновиду), юридичний склад якого передбачає ознаку “вчинення злочину групою осіб”, спільно з іншою особою і при цьому помиляється стосовно обставин, які характеризують цю особу (наприклад, суб'єкт вчиняє хуліганство спільно з особою, яку вважає 13-річною, хоча насправді їй вже виповнилось 14 років);

3) особа за попередньою домовленістю виконує об'єктивну сторону злочину певного виду (різновиду), юридичний склад якого передбачає ознаку “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб”, спільно з іншою особою і при цьому помиляється стосовно обставин, які характеризують цю особу (наприклад, суб'єкт за попередньою домовленістю вчиняє крадіжку спільно з особою, яку вважає 13-річною, хоча насправді їй вже виповнилось 14 років);

4) особа, яка є членом організованої групи чи злочинної організації вчиняє злочин юридичні склади якого передбачають ознаку “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб” та/або ознаку “вчинення злочину організованою групою”, разом з двома іншими членами організованої групи чи злочинної організації, помиляючись при цьому стосовно обставин, які характеризують одного з членів групи (організації) (наприклад, суб'єкт разом з двома іншими членами організованої групи вчиняє розбій, вважаючи при цьому, що один з членів групи, який брав участь у нападі є 14-річним, хоча насправді йому виповнилось 13 років).

Розглянемо як саме ці помилки повинні впливати на кваліфікацію дій суб'єктів в ситуації, що охарактеризована в пункті 1):

а) якщо суб'єкт помилково вважає, що особа, яка виконує об'єктивну сторону злочину відповідного виду (різновиду), є суб'єктом злочину, його дії мають кваліфікувати як замах на організацію (підбурювання чи пособництво) у вчиненні злочину відповідного виду (різновиду). Зрозуміло, що конструкція “замах на співучасть” підтримується відносно невеликою групою вчених-криміналістів [12; 13; 14, с. 167-172; 15, с. 294-297; 16, с. 86-90], але, на нашу думку, іншого способу більш-менш точно оцінити поведінку особи у наведеній вище ситуації немає. Кваліфікувати у даному випадку дії особи як організацію вчинення злочину (або підбурювання до його вчинення, або пособництво у його вчиненні) некоректно, оскільки відсутній виконавець такого злочину. В принципі, оцінюючи дії “підбурювача” та “організатора” у наведених ситуаціях, можна ставити питання про оцінку їх поведінки як опосередкованих виконавців злочину. Але й такий підхід видається нам некоректним, адже опосередковане вчинення злочину передбачає усвідомлення суб'єктом того факту, що він використовує для вчинення злочину особу, яка в силу різних обставин не підлягає кримінальній відповідальності за нього. Отже, якщо у змодельованій в пункті 1) ситуації винний помилково вважав, що особа, яка виконує об'єктивну сторону злочину, є його суб'єктом, його поведінка має кваліфікуватися за ч. 2 ст. 15, ч. 3 (4 або 5) ст. 27 та відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК;

б) якщо в ситуації, що охарактеризована в пункті 1) суб'єкт помилково вважає, що особа, яка виконує об'єктивну сторону злочину відповідного виду (різновиду) не є його суб'єктом, його дії в залежності від конкретних обставин справи мають одержувати таку кримінально-правову оцінку:

- за ч. 2 ст. 15 та відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК, якщо суб'єкт організовував вчинення злочину відповідного виду (різновиду) чи керував його підготовкою або вчиненням, або схилив до його вчинення особу, яка виконала об'єктивну сторону злочину, і при цьому не знав про те, що ця особа є суб'єктом злочину<sup>1</sup>;

- суб'єкт не підлягає кримінальній відповідальності, якщо він вчинив лише заздалегідь обіцяне сприяння вчиненню злочину чи його приховуванню і

---

<sup>1</sup> І при цьому відсутні інші обставини, які б унеможлилювали кримінальну відповідальність останньої особи — необережне ставлення до вчинюваного діяння, вчинення діяння на виконання наказу тощо.

при цьому не знав<sup>1</sup> про те, що особа, яка виконала об'єктивну сторону злочину, є його суб'єктом;

Перше з правил кваліфікації ґрунтується на тому, що у поведінці суб'єктів, по суті, наявне “невдале опосередковане вчинення злочину”. Про “вдале” опосередковане вчинення злочину, яке традиційно кваліфікується лише за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК, у даному випадку говорити не можна, оскільки має місце взаємодія двох суб'єктів злочину за відсутності обставин, які унеможливають кримінальну відповідальність кожної з них. З іншого боку, у даній ситуації не можна вести про співучасть у злочині (організацію злочину чи підбурювання до злочину) або ж навіть “замах на співучасть”, оскільки в одного із суб'єктів злочину відсутнє належне для співучасника психічне ставлення до вчинюваного — його умисел не охоплює обставин, що характеризують іншу особу як суб'єкта злочину.

Таким чином, дії суб'єкта злочину, який ініціював (скеровував) поведінку іншої особи (яку помилково вважав не-суб'єктом злочину), мають бути кваліфіковані як закінчений замах на вчинення злочину відповідного виду (різновиду), адже фактично вона з незалежних від неї причин не стала опосередкованим виконавцем злочину.

У другому випадку, фактична помилка, на наш погляд, повинна виключати кримінальну відповідальність особи – якби психічне ставлення потерпілого узгоджувалося з реальними обставинами справи, її поведінка не була б злочинною, адже сприяння суспільно небезпечному діянню, що вчиняється не-суб'єктом злочином, не розглядається як злочин за чинним кримінальним законом України.

У ситуаціях, описаних у пунктах 2) та 3), фактична помилка може впливати на кваліфікацію дій винного наступним чином:

а) якщо винний вчиняє відповідне діяння спільно з особою, яку він помилково вважав суб'єктом злочину, скоєне слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 15 та відповідною частиною статті Особливої частини КК, в якій передбачена ознака “вчинення злочину групою осіб”, “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб” [17; 18, с. 12];

б) якщо винний вчиняє відповідне діяння спільно з особою, яка є суб'єктом злочину, і при цьому він не знав<sup>2</sup> про дану обставину, кримінально-правова оцінка його поведінки має здійснюватися за відповідною частиною

<sup>1</sup> Щодо впливу на кримінально-правову кваліфікації вибачливої та невибачливої помилок — див. вище.

<sup>2</sup> Щодо впливу на кримінально-правову кваліфікації вибачливої та невибачливої помилок — див. вище.

статті Особливої частини КК без інкримінування ознак “вчинення злочину групою осіб” або “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб”.

У першому випадку кримінально-правова оцінка поведінки особи здійснюється відповідно до усталеного у теорії кримінального права та правозастосовчій практиці підходу щодо впливу на кримінально-правову кваліфікацію подібного роду помилок (див. вище) – якщо особа помилково вважає існуючою (реальною) певну обставину, яка відповідно до закону є обтяжуючою, її поведінка оцінюється з урахуванням спрямованості її умислу<sup>1</sup>. Друге правило є відображенням теоретичного підходу В.М. Кудрявцева щодо впливу на кримінально-правову оцінку дій особи помилки відносно обставин, які особа хибно вважає відсутніми (див. вище).

У ситуаціях, що описані в пункті 4) фактична помилка може впливати на кримінально-правову оцінку дій суб'єкта у такий спосіб:

а) якщо винний вчиняє відповідне діяння спільно з двома іншими особами, що є членами організованої групи, і одну з них він помилково вважає суб'єктом злочину, скоєне слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 15 та частиною статті Особливої частини КК, в якій передбачена ознака “вчинення злочину організованою групою”, або за частиною статті Особливої частини КК, в якій передбачена ознака “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб” (у випадку, якщо у відповідній статті не передбачена ознака “вчинення злочину організованою групою”);

б) якщо винний відповідне діяння спільно з двома іншими особами, що є членами організованої групи, і при цьому не знав<sup>2</sup>, що одна з них є суб'єктом злочину, скоєне слід кваліфікувати за відповідною частиною статті Особливої частини КК без інкримінування ознаки “вчинення злочину організованою групою”, але з інкримінуванням ознаки “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб” (якщо вона передбачена у відповідній статті Особливої частини КК).

<sup>1</sup> Відзначимо, що даний підхід до кваліфікації критикує Л.Д. Єрмакова, яка вважає, що в цьому випадку не знайде відображення на рівні формули кваліфікації факт вчинення суб'єктом закінченого злочину без обтяжуючих та пом'якшуючих обставин [19, с. 35]. Така критика безумовно заслуговує на увагу, але, як ми вже відзначали вище, альтернатива, що її пропонує Л.Д. Єрмакова, не узгоджується з принципом недопустимості подвійної відповідальності за одне й те саме правопорушення (див. вище). По-друге, сумнівно, що в даному випадку взагалі можна вести мову про наявність у поведінці особи ознак закінченого злочину. Якщо у певній частині статті Особливої частини КК передбачено кваліфікуючу ознаку “вчинення злочину групою осіб” чи “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб”, це означає, що конкретний зміст відповідного основного складу злочину містить негативну ознаку - “якщо злочин не було вчинено групою осіб (за попередньою змовою групою осіб)”, на яку також повинно поширюватись психічне ставлення особи (умисел). Таким чином, фактичний зміст умислу суб'єкта, який помилково вважає, що він виконує об'єктивну сторону злочину спільно з іншим суб'єктом злочину, не відповідає нормативному змісту умислу на рівні відповідного основного складу злочину.

<sup>2</sup> Щодо впливу на кримінально-правову кваліфікації вибачливої та невибачливої помилок — див. вище.

Обґрунтовування цих правил кваліфікації ґрунтується на тих самих аргументах, що й обґрунтування правила кримінально-правової оцінки ситуацій, описаних у пунктах 3) та 4). Ці правила лише набувають певної специфіки, пов'язаною з особливостями співвідношення змісту ознак "вчинення злочину організованою групою" та "вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб".

#### *4.2. Помилка в особі іншого "співучасника"*

Подібна помилка має місце, зокрема, у випадках, коли суб'єкт "взаємодіє" з особою, яку помилково вважає іншим співучасником злочину. У теорії кримінального права такі правозастосовчі ситуації розглядають, наприклад, В.О. Навроцький та Є.О. Письменський [15, с. 290-291, 300-302; 20, с. 172-173], які вважають їх проявами так званої невдалої співучасті<sup>1</sup>.

Так, В.О. Навроцький в залежності від фактичних обставин справи пропонує кваліфікувати подібні помилки таким чином:

а) якщо організаторські дії були вчинені суб'єктом стосовно не тієї особи, яка повинна була брати участь у вчиненні злочину, але ця "стороння" особа взяла участь у вчиненні злочину, він має відповідати за організацію вчинення відповідного злочину, тобто за ч. 3 ст. 27 та відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК;

б) якщо організаторські дії вчинені суб'єктом стосовно не тієї особи, яка повинна була брати участь у вчиненні злочину, і ця "стороння" особа не взяла участь у вчиненні злочину, він має відповідати за замах на організацію вчинення відповідного злочину, тобто за ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 27 та відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК;

в) якщо пособницькі дії були помилково вчиненні щодо "сторонньої" особи, скоєне слід кваліфікувати як замах на пособництво у вчиненні злочину відповідного виду (різновиду), тобто за ч. 2 ст. 15, ч. 5 ст. 27 та відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК, незалежно від того чи скористалась "стороння" особа вищезазначеними діями.

Вважаємо, що з другим та третім правилами можна погодитись, але перше — викликає певні зауваження. На нашу погляд, оцінювати такі ситуації як "вдалу" співучасть, та кваліфікувати дії суб'єкта, який вчинив організаторські дії, за ч. 3 ст. 27 та статтею (частиною статті) Особливої

---

<sup>1</sup> На наш погляд, така постановка питання невірна про невдалу співучасть слід вести мову лише тоді, коли суб'єкт злочину знає, що не досяг домовленості про спільне вчинення злочину хоча б з одним іншим суб'єктом злочину. На нормативному рівні невдала співучасть є одним із проявів такої підготовчої дії як підшукування співучасників (ч. 1 ст. 14 КК).

частини КК не дуже коректно. De facto В.О. Навроцький допускає у даному випадку можливість співучасті, яка характеризується одностороннім суб'єктивним зв'язком між співучасниками. Абсолютна ж більшість криміналістів розглядає в якості обов'язкової ознаки співучасті так званий двосторонній суб'єктивний зв'язок між співучасниками [21, с. 51; 22, с. 39-41], визнаючи при цьому, що в окремих випадках суб'єктивний зв'язок може бути одностороннім [23, с. 70-74; 24, с. 147-149].

У межах нашого дослідження ми не будемо заглиблюватись у цю наукову дискусію, а лише спробуємо вирішити питання про те, чи може бути одностороннім суб'єктивний зв'язок між виконавцем злочину та його організатором. Вважаємо, що відповідь на це питання має бути негативною. На наш погляд, правильною є позиція Є.В. Кічігіної, Л.Д. Єрмакової та Р.Р. Галіакбарова [25, с. 107; 19, с. 102-104; 26, с. 258-259], які стверджують, що при співучасті з розподілом ролей між виконавцем та іншими співучасниками обов'язково повинен бути наявним двосторонній суб'єктивний зв'язок, вимагається, щоб всі співучасники знали про виконавця та вчинюваний ним злочин, а виконавець повинен знати всіх інших співучасників, а також характер їх дій в спільно вчинюваному злочині. Очевидно, що при іншому вирішенні питання про жодну “спільну участь у вчиненні... злочину” говорити не доводиться. Отже, в ситуаціях, коли організаторські дії були вчинені суб'єктом стосовно не тієї особи, яка повинна була брати участь у вчиненні злочину, і ця “стороння” особа взяла участь у вчиненні злочину, дії суб'єкта мають кваліфікуватись як закінчений замах на організацію вчинення відповідного злочину, тобто за ч. 2 ст. 15, ч. 3 ст. 27 та відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК<sup>1</sup>.

На наш погляд, помилка в особі іншого співучасника може мати місце й при вчиненні злочину у співвиконавстві. Наприклад, суб'єкт-1 та суб'єкт-2 досягли домовленості про спільне вчинення злочину певного різновиду (до чи після початку виконання її об'єктивної сторони). При цьому суб'єкт-1 розпочав виконувати об'єктивну сторону злочину, а суб'єкт-2 мав приєднатись до цього згодом. У цей час суб'єкт-3 виявив діяльність суб'єкта-1 та долучився до неї, а останній у свою чергу вважав суб'єкта-3 суб'єктом-2. На нашу думку, в такому випадку так само буде відсутній належний суб'єктивний зв'язок між суб'єктами-1 та 3, що виключає оцінку їх діяльності як співучасті у злочині (співвиконавства). Відповідно, дії суб'єкта-1 у ситуаціях даного типу мають

---

<sup>1</sup> Відзначимо, що це не виключає кримінальної відповідальності особи, яка виконала об'єктивну сторону злочину. Вона має відповідати за скоєне в залежності від фактичних обставин справи.

кваліфікуватись або як закінчений замах на злочин певного різновиду з інкримінуванням ознаки “вчинення злочину групою осіб” чи “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб” або ж як закінчений злочин, якщо відповідна стаття Особливої частини КК вказаних ознак не містить. Дії суб'єкта-3 мають кваліфікуватись лише за відповідним положенням Особливої частини КК.

Варто відзначити, що якби суб'єкт-1 точно знав про особу суб'єкта-3 та свідомо взаємодіяв би з ним, оцінка скоєного мала б бути принципово інакшою:

а) у поведінці суб'єкта-1 слід було б вбачати ознаки добровільної відмови від вчинення злочину у співучасті (співвиконавстві) з суб'єктом-2;

б) вчинення злочину суб'єктами-1 та 3 слід було б розглядати як співвиконавство (за чи без попереднього порозуміння — в залежності від фактичних обставин справи) у вчиненні злочину певного різновиду з інкримінуванням ознаки “вчинення злочину групою осіб” чи “вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб”, якщо такі передбачені в статті Особливої частини КК;

в) відповідно до ч. 3 ст. 29 КК дії суб'єкта-1 слід було б кваліфікувати з інкримінуванням ознак, що представляють повторність злочинів в Особливій частині КК, якщо вони передбачені у відповідній статті кодексу.

#### *4.3. Помилка щодо домовленості про спільне вчинення злочину.*

Така помилка має місце у випадках, коли один суб'єкт вважає, що помилково досяг домовленості про спільне вчинення злочину з іншою особою (у найбільш складному випадку остання начебто дає згоду на спільне вчинення, але насправді не збирається цього робити), і на цьому його злочинна діяльність припиняється з причин, що не залежали від його волі.

Перш за все відзначимо, що у даному випадку не йде мова про “невдалу співучасть у злочині”, оскільки суб'єкт не усвідомлює, що йому реально не вдалось досягнути домовленості про спільне вчинення злочину.

По-друге, видається, що зазначена фактична помилка не буде зумовлювати інакшу кримінально-правову кваліфікацію дій особи, в поведінці якої вона (помилка) була наявна, порівняно з випадками, коли домовленість про спільне вчинення злочину була реально досягнута, а злочинну діяльність суб'єктів було відразу припинено з причин, що не залежали від їх волі.

Відповідно до традиційного доктринального тлумачення такого прояву готування до злочину як підшукування співучасників, останнє являє собою дії, спрямовані на залучення інших суб'єктів до спільного вчинення умисного



злочину. При цьому такі дії не обов'язково повинні бути результативними [7, с. 22-23; 27, с. 48]. Таким чином, дії суб'єкта у вказаній вище ситуації слід кваліфікувати як готування до злочину певного виду (різновиду).

Дещо неоднозначними виглядають випадки, коли організатор (керівник) організованої групи (злочинної організації) віддає вказівку про вчинення злочину кільком членам організованої групи (злочинної організації), помилково вважаючи, що “підлеглі” згодні виконати наказ.

Відповідно до ст. 30 КК організатор організованої групи організатор організованої групи чи злочинної організації підлягає кримінальній відповідальності за всі злочини, вчинені організованою групою чи злочинною організацією, якщо вони охоплювались його умислом. При цьому згідно домінуючого у теорії кримінального права та правозастосовчій практиці підходу кримінально-правова оцінка дій організатора організованої групи (злочинної організації) здійснюється з посиланням лише на статтю (частину статті) Особливої частини КК [7, с. 65-66; 15, с. 276; 20, с. 181-182; 28, с. 148]. Таким чином, особливість кримінальної відповідальності керівника організованої групи полягає в тому, що його поведінка кваліфікується за відповідною статтею (частиною статті) Особливої частини КК, навіть якщо він не виконував об'єктивної сторони злочину, юридичний склад якого передбачений цією статтею (частиною статті), а його умислом охоплювалось вчинення злочину іншими членами організованої групи (злочинної організації).

Отже, віддаючи вказівку про вчинення злочину, керівник організованої групи (злочинної організації), тим самим виконує весь обсяг дій, який є достатнім для інкримінування йому закінченого злочину певного виду (різновиду) у разі повного виконання об'єктивної сторони останнього членами організованої групи (злочинної організації). Такий стан речей, в свою чергу, породжує запитання — чи не є це достатнім для інкримінування керівнику організованої групи (злочинної організації) закінченого замаху на злочин у випадку, коли він віддав вказівку про вчинення злочину, вважаючи, що вона буде виконана членами групи (організації)?

На нашу думку, відповідь на це запитання все ж має бути негативною. Нормативна фікція, яка передбачає прирівнювання дій керівника організованої групи (злочинної організації) до виконання об'єктивної сторони злочину певного виду (різновиду), очевидно “працює” лише тоді, коли члени групи (організації), щонайменше, розпочали вчиняти діяння, які відповідають об'єктивним ознакам злочину певного виду (різновиду). Непрямо на це вказує те, що в ч. 1 ст. 30 КК йде мова про відповідальність організатора групи

(організації) за злочини, вчинені організованою групою (злочинною організацією), а не за злочини, що були вчинені групою (організацією) або ж готувались нею.

Таким чином, якщо члени організованої групи (злочинної організації) не прийняли до виконання вказівку керівника (організатора) групи (організації), дії останнього мають кваліфікуватись як готування до злочину певного виду (різновиду).

#### *4.4. Помилка щодо мотивів та мети іншого співучасника*

Суб'єктивний зв'язок між співучасниками передбачає, що вони усвідомлюють не лише факт спільного вчинення злочину, а й знають про мотиви та мету, з якими діє кожен з них.

У теорії кримінального права усталеним є підхід, відповідно до якого при неспівпадінні цілей або мотивів співучасників, пріоритет при кваліфікації має віддаватися мотивам та цілям співвиконавців [7, с. 45]. Така позиція знайшла фрагментарне відображення у постановах Пленуму ВСУ<sup>1</sup>. При цьому слід звернути увагу, що відповідно до ч. 3 ст. 29 КК обставини, які обтяжують відповідальність і передбачені в статтях Особливої частини цього Кодексу як ознаки, що впливають на кваліфікацію дій виконавця, ставляться у вину лише співучасникові, який усвідомлював ці обставини<sup>2</sup>. Отже, можна зробити висновок, що “чужі” співучасникові мотив або мета можуть бути поставлені йому в вину лише в тому випадку, коли він усвідомлює їх наявність у поведінці виконавця (співвиконавця). У зв'язку з цим невірне сприйняття співучасником мотивів та цілей співвиконавця має значення з точки зору кримінально-правової кваліфікації.

В.А. Якушин виділяє такі різновиди помилок щодо мотивів та мети іншого співучасника:

1) якщо співучасник не знає про певну мотив або мету, які характеризують поведінку виконавця, такий мотив або мета не можуть ставитись у вину співучасникові;

<sup>1</sup> Зокрема, в абз. 5 п. 15 ППВСУ “Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи” від 7 лютого 2003 року № 2 зазначено, що дії замовника умисного вбивства залежно від конкретних обставин справи належить кваліфікувати за відповідною частиною ст. 27, п. 11 ч. 2 ст. 115 КК, а за наявності до того підстав — і за іншими пунктами цієї статті (наприклад, за п. 6 — якщо виконавець позбавив особу життя з метою одержання вигод матеріального характеру, за п. 12 — коли вбивство було замовлено групі осіб).

<sup>2</sup> Звернемо увагу, що в ч. 3 ст. 29 КК мова йде лише про обставини, які обтяжують відповідальність. Але, очевидно, сформульований у даному положенні закону підхід має застосовуватись і в ситуаціях, коли відповідні обставини кореспондують з ознаками основного складу злочину певного виду (різновиду).

2) якщо поведінку співучасника характеризує певний мотив або мета, які мають значення для кримінально-правової кваліфікації, а виконавець про них не знає, такий мотив чи мета мають впливати лише на кваліфікацію дій співучасника;

3) якщо співучасник вважає, що в виконавець діє з певним мотивом чи метою, які мають значення для кримінально-правової кваліфікації, а насправді такий мотив чи мета відсутні, поведінку співучасника слід кваліфікувати як замах на вчинення злочину, юридичний склад якого включає відповідні мотив або мету;

4) якщо певна мета або мотив виникають у виконавця, який виходить за межі досягнутої між співучасниками домовленості, такі мотив чи мета не можуть інкримінуватися співучасникам [2, с. 285-286].

В цілому, із запропонованими В.А. Якушиним правилами кваліфікації можна погодитись, проте вони потребують певного уточнення.

По-перше, виглядає недоцільним виділення останнього із наведених вище правил. Видається, що перше із вказаних вище правил є цілком достатнім для вірної оцінки кримінально-правової ситуації.

По-друге, вимагають більш прискіпливої уваги та детального аналізу ситуації, коли у поведінці виконавця злочину наявна фактична помилка щодо мотивів та мети, які характеризують поведінку іншого співучасника.

По-третє, не зовсім зрозуміло, чи поширюються сформульовані В.А. Якушини теоретичні правила на ситуації, коли один співвиконавець помиляється щодо мотивів або мети іншого співвиконавця.

З урахуванням вищезазначеного, можна сформулювати такі теоретичні підходи до кваліфікації ситуацій, коли один співучасник помиляється щодо мотивів або мети, з якими діє інший співучасник:

1) якщо співучасник вважає, що виконавець злочину діє з мотивом чи метою, які насправді відсутні в його поведінці, його поведінку слід кваліфікувати за відповідною частиною ст. 27, ч. 2 ст. 15 та статтею (частиною статті) Особливої частини КК, в якій передбачений юридичний склад злочину, що охоплює відповідну мету або мотив (наприклад, якщо пособник вважає, що виконавець умисного вбивства діє з корисливих мотивів, хоча насправді той вчиняє злочин з мотивів помсти, його поведінку слід кваліфікувати за ч. 5 ст. 27, ч. 2 ст. 15, п. 6) ч. 2 ст. 115 КК);

2) якщо співучасник не усвідомлював<sup>1</sup>, що виконавець злочину діє з мотивом чи метою, які мають значення при кваліфікації злочинів, його поведінку слід кваліфікувати за відповідною частиною ст. 27 та за статтею (частиною статті) Особливої частини КК (без урахування мотиву чи мету, наявних у поведінці виконавця ) (наприклад, якщо організатор умисного вбивства не усвідомлює, що його виконавець вчиняє злочин з мотивів расової, національної або релігійної нетерпимості його поведінку слід кваліфікувати за ч. 3 ст. 27, ч. 1 ст. 115 КК);

3) фактичні помилки виконавця злочину щодо мотивів або мети, з якими діють інші співучасники на кримінально-правову оцінку дій виконавця злочину не впливають;

4) у другому реченні ч. 3 ст. 29 КК законодавець згадує лише виконавця злочину, хоча у багатьох положеннях Кодексу він говорить про *“виконавця (співвиконавця) злочину”*. У зв'язку з цим постає питання про те, чи поширюється даний нормативний орієнтир і на співвиконавців злочину? У науковій літературі, як правило, висловлюється точка зору, що вказане правило кваліфікації стосується і співвиконавців.

Однак, видається, що можна навести раціональні аргументи й на користь протилежної відповіді. Можна припустити, що законодавець не згадує у ч. 3 ст. 29 КК про співвиконавця, оскільки кваліфікація дій співучасників такого виду, на його думку, є самостійною (автономною) відносно кваліфікації дій співучасників цього ж виду. Спрощено кажучи, “принцип акцесорності” в даному разі не працює.

Таким чином, фактична помилка співвиконавця щодо мети та мотивів іншого співвиконавця не впливає на кримінально-правову оцінку його дій.

### Список використаних джерел:

1. Якушин В.А. Ошибка и ее уголовно-правовое значение / В.А. Якушин. – Казань: Издательство Казанского университета, 1988. – 128 с.
2. Якушин В.А. Субъективное вменение и его значение в уголовном праве / В.А. Якушин. - Тольятти: ТолПИ, 1998. – 296 с.
3. Кириченко В.Ф. Значение ошибки по советскому уголовному праву / В.Ф. Кириченко. – М.: Издательство АН СССР, 1952. – 95 с.

---

<sup>1</sup> Щодо впливу на кримінально-правову кваліфікації вибачливої та невибачливої помилок — див. вище.

4. Фаткуллина М. Б. Юридические и фактические ошибки в уголовном праве: проблемы квалификации: дис.. канд. юрид. наук: 12.00.08 / Фаткуллина Маргарита Борисовна. – М., 2003. – 199 с.

5. Алиев З.Г. Ошибка как особое обстоятельство оценки поведения субъекта преступления и её уголовно-правовое значение : автореф. дис. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 “Уголовное прав, криминология; уголовно-исполнительное право” / З.Г. Алиев. – М., 2007. – 25 с.

6. Дагель П.С. Субъективная сторона преступления и ее установление / П. С. Дагель, Д. П. Котов. – Воронеж: Изд-во Воронеж. Ун-та, 1974. – 243 с.

7. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / [Ю. В. Александров, П. П. Андрушко, В. І. Антипов та ін.]; відп. ред. С. С. Яценко. – 4-те вид., переробл. та доповн. – К. : А.С.К., 2005. – 848 с.

8. Кириченко В.Ф. Значение ошибки по советскому уголовному праву / В.Ф. Кириченко. – М.: Издательство АН СССР, 1952. – 95 с.

9. Бородин С.В. Квалификация преступлений против жизни / С. В. Бородин. - М. : Изд-во Юрид. Лит-ра, 1977. – 240 с.

10. Безрукова Т.И. Фактическая ошибка: вопросы классификации и квалификации : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 “Уголовное право и криминология уголовно-исполнительное право” / Т. И. Безрукова – Екатеринбург, 2008 . – 26 с.

11. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений / В.Н. Кудрявцев. – М. : Юридическая литература, 1972. – 352 с.

12. Кобиашвили У.Л. К вопросу о приготовлении к преступлению и покушении на преступление при соучастии / У.Л. Кобиашвили // Правоведение. - 1963. - № 3. - С. 148 – 154.

13. Санталов А.И. Состав преступления и некоторые вопросы общей части уголовного права /А.И. Санталов // Правоведение. - 1960. - № 1. - С. 98 – 104.

14. Бурчак Ф.Г. Соучастие: социальные, криминологические и правовые проблемы / Ф.Г. Бурчак. – К.: Вища школа, 1986. – 208 с.

15. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навч. посібник / В.О. Навроцький. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.

16. Малахов И.П. Основы уголовного права. Общая часть. Разд. I. Основания уголовной ответственности : учебное пособие / И.П. Малахов. – К.: МАУП, 2000. – 192 с.

17. Кругликов Л.Л. Группа лиц как квалифицирующее обстоятельство / Л.Л. Кругликов // Совершенствование уголовного законодательства и практики его применения. Межвузовский сборник / редкол.: Горелик А.С., Кардополов

Ю.Ф., Тарбагаев А.Н. и др. - Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1989. – С. 125-134.

18. Комаров О.Д. Фактична помилка в кримінальному праві та її значення для кримінальної відповідальності : автореф. на здобуття наук. ступеню канд. юрид. наук. : спец. 12.00.08 “Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право” / О.Д. Комаров; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. – Х., 2015. – 20 с.

19. Ермакова Л.Д. Понятие соучастия / Л.Д. Ермакова // Энциклопедия уголовного права. Т. 6. Соучастие в преступлении / Аветисян С.С., Галактионов Е.А., Галиакбаров Р.Р. и др. – СПб.: Издание профессора Малинина, 2007. – С. 3-122.

20. Кваліфікація злочинів : навч. посібник / [Г.Є. Болдарь, М.К. Гнетнев, Г.М. Зеленов та ін.]; за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – К.: Істина, 2010. – 430 с.

21. Тельнов П.Ф. Ответственность за соучастие в преступлении / П.Ф. Тельнов. – М.: Юридическая литература, 1974. – 208 с.

22. Ушаков А.В. Групповое преступление и смежные с ним формы преступной деятельности / А.В. Ушаков. – Калинин: Калининский университет, 1978. – 66 с.

23. Козлов А.П. Соучастие. Традиции и реальность / Козлов А.П. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. – 362 с.

24. Куринов Б.А. Квалификация транспортных преступлений. Ст.ст. 85, 86 УК РСФСР / Б.А. Куринов. – М.: Издательство МГУ, 1965. – 234 с.

25. Уголовное право. Общая часть : учебник / [Н.А. Бабий, А.В. Барков, И.О. Грунтов и др.]; под ред. В.М. Хомича. – Мн.: Тесей, 2002. – 496 с.

26. Уголовное право России. Часть Общая : учебник для вузов : учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности ”Юриспруденция” / [Р.Р. Галиакбаров, И.Я. Козаченко, Ю.А. Красиков и др.]; отв. ред. Л.Л. Кругликов. - 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 592 с.

27. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2т. / за заг.ред.В.Я. Тація, В.П.Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х.: Право, 2013. Т.1: Загальна частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І.Тютюгін та ін. – 2013. – 376 с.

28. Кузнецов В.В. Теорія кваліфікації злочинів : підручник / Кузнецов В.В., Савченко А.В.; за заг. ред. Є.М. Моїсєєва, О.М. Джужи; наук. ред. І.А. Вартилицька. – 2-е вид., перероб. – К.: КНТ, 2007. – 300 с.

*У статті аналізується кримінально-правове значення фактичної помилки, що допускається при вчиненні злочину кількома суб'єктами. Предметно досліджуються дві групи таких помилок – помилки співучасників злочину щодо обставин, які не кореспондують з юридичними ознаками співучасті у злочину або з ознаками її окремих форм, і помилки суб'єктів злочину щодо обставин, які кореспондують з юридичними ознаками співучасті у злочині або з ознаками її окремих форм.*

**Ключові слова:** фактична помилка, співучасть, співучасник, кримінально-правове значення.

*В статье анализируется уголовно-правовое значение фактической ошибки, которая допускается при совершении преступления несколькими субъектами. Предметно исследуются две группы таких ошибок – ошибки соучастников преступления относительно обстоятельств, которые не корреспондируют с юридическими признаками соучастия в преступлении или с признаками его отдельных форм, и ошибки субъектов преступления относительно обстоятельств, которые корреспондируют с юридическими признаками соучастия в преступлении или с признаками его отдельных форм.*

**Ключевые слова:** фактическая ошибка, соучастие, соучастник, уголовно-правовое значение.

*The article deals with the criminal law meaning of mistake of fact which allowed during the commission of a crime by several subjects. Two groups of mistakes are specifically investigated – the mistakes of accomplices of a crime about the circumstances which don't correspond to law features of complicity in a crime or to features of it separate forms and mistakes of subjects of a crime about the circumstances which correspond to law features of complicity in a crime or to features of it separate forms.*

**Key words:** mistake of fact, complicity, accomplice, criminal law meaning.

## **ПРОЦЕДУРА ОЦІНКИ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ У ПРОЕКТІ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ОЦІНКУ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ»**

**Третяк Тарас Олексійович**

*кандидат юридичних наук*

*доцент кафедри земельного та аграрного права*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*



*Указы эти появлялись всегда как  
важнейшее во всем законодательстве и  
без всякого разумения или даже памяти о  
законодательстве предыдущем  
(Солженіцин О.І.)*

У Додатку ХХХ до глави 6 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію) Україна взяла на себе зобов'язання наблизити своє законодавство до вимог Директиви № 2011/92/ЄС про оцінку впливу окремих державних і приватних проектів на навколишнє середовище (кодифікація) [4]. Забезпечити таке наближення можна різними шляхами. Обравши той чи інший спосіб адаптації законодавства України до вимог Директиви № 2011/92/ЄС, законодавець може спричинити різний вплив на економічний розвиток країни. Вплив законодавства на економічний розвиток України в умовах війни, яку розпочала Російська Федерація проти України, є питанням виживання України як суверенної держави. Істотний вплив, що чинитиме законодавство України у сфері охорони довкілля (далі – ОВД), на здатність України протидіяти збройній агресії, спонукає до докладнішого дослідження законодавчих ініціатив у цій сфері.

03.06.2015 року у Верховній Раді України було зареєстровано проект Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» зареєстрованим за № 2009а [36] (далі – Проект). Автори цього проекту ставили за мету створити належне правове регулювання процедури ОВД. Метою цієї статті є здійснити аналіз цього проекту на предмет того, чи є запропоновані у ньому рішення



оптимальними з погляду зменшення впливу на довкілля та з погляду адміністративного тиску на підприємницьку діяльність, та запропонувати шляхи вирішення тих питань, врегулювати які покликаний був Проект.

Умовно предмет дослідження цієї статті може бути поділений на дві групи питань. До першої групи належать питання присвячені нормопроектній техніці. Друга група питань, що складають предмет цієї статті, охоплює питання ефективної побудови самої процедури ОВД в Україні. Питання, висвітлені у цій статті, серед яких - питання нормопроектної техніки, набули значної уваги у юридичній літературі. Зокрема, А.М. Мірошніченко у низці своїх робіт, присвячених цим питанням, запропонував багато науково-цінних висновків щодо умов доцільності вміщення понять до нормативно-правових актів [33 с. 3] та структури нормативно-правових актів [32 с. 101-105]. Багато корисних висновків щодо законотворчої роботи містить низка посібників, виданих в Україні [37, 46]. Якими б не була цінність теоретичних положень про нормопроектну техніку, самих по собі їх недостатньо для створення належної правової бази для процедури ОВД.

Питання створення в Україні ефективної процедури оцінки впливу на довкілля були предметом уваги Калиновського С.В. [28] та Андрейцева В.І. [7 с. 65-90]. Теоретичні результати їх робіт можуть і повинні бути залученими до процесу розробки процедури ОВД, проте роботи цих авторів, написані до суттєвої зміни процедури ОВД, що зумовлена прийняттям Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17.02.2011 № 3038-VI [22], не дають відповідей на багато важливих питань щодо формування процедури ОВД.

Останнім часом Ресурсно-аналітичний центр «Суспільство і довкілля» видав аналітичну записку, присвячену Проектові [6]. Ця аналітична записка містить низку дуже корисних зауважень для покращення Проекту, проте низка істотних вад Проекту не потрапила на сторінки цієї аналітичної записки.

У роботах А.О. Андрусевича запропоновано низку шляхів формування процедури ОВД [9, 8]. Зокрема, він здійснив аналіз різних моделей процедури ОВД, які могли б бути запроваджені в Україні. В результаті дослідження А.О. Андрусевич доходить висновку, згідно з яким найдоцільніше впровадити в Україні модель, що була передбачена Директивою 85/337/ЄЕС від 27.06.1985 про оцінку наслідків деяких публічних та приватних проектів на довкілля [3]. Попри беззаперечну цінність і своєчасність цих висновків, впровадження процедури оцінки впливу на довкілля, що міститься у відповідній директиві Європейського Союзу, є процесом не механічним. Впровадження зазначеної процедури потребує аналізу законодавства і на цьому тлі таким чином змінити

положення нормативно-правових актів, щоб це робило можливим функціонування в Україні процедури ОВД у тому вигляді, у якому вона передбачена Директивою 2011/92/ЄС від 13.12.2011 про оцінку наслідків деяких публічних та приватних проектів на довкілля. Треба думати, що саме таке завдання ставили перед собою автори Проекту, тому звернемося тепер до аналізу його положень.

### ***Встановлення послідовності етапів процедури ОВД***

Частина перша статті 2 Проекту закріплює етапи процедури ОВД, які потім докладніше регламентуються іншими статтями Проекту. Такий спосіб викладу нормативного матеріалу обрано для того, щоб зафіксувати послідовність етапів процедури ОВД, наприклад щоб зобов'язати замовника планованої діяльності готувати звіт про ОВД до проведення громадського обговорення проекту, а не навпаки тощо. Насправді ж такий спосіб викладу нормативного матеріалу, нічого не покращуючи, лише створив передумови для майбутніх колізій.

Частина перша статті 2 Проекту подає перелік етапів процедури ОВД, при цьому жодне положення цієї статті не вказує на порядок проведення цих етапів. Для переконливості наведемо саму частину першу статті 2 Проекту

*«1. Оцінка впливу на довкілля – це процедура, яка передбачає:*

*1) підготовку Звіту з оцінки впливу на довкілля суб'єктом господарювання відповідно до статей 5 та 6, а також, за необхідності, статті 14 цього Закону;*

*2) проведення громадського обговорення, відповідно до статей 7 та 8, а також, за необхідності, статті 14 цього Закону;*

*3) розгляд та аналіз уповноваженим органом відповідно до статті 9 цього Закону інформації, наданої у Звіті з оцінки впливу на довкілля, будь-якої додаткової інформації, яку надає суб'єкт господарювання, а також інформації, отриманої під час громадського обговорення та внаслідок проведення процедури оцінки транскордонного впливу, у випадку, якщо така проводилася;*

*4) надання уповноваженим органом мотивованого Рішення з оцінки впливу на довкілля, що базується на результатах розгляду та аналізу, зазначеного в пункті 3 частини першої цієї статті, за необхідності, власного додаткового аналізу; і*

*5) врахування Рішення з оцінки впливу на довкілля в остаточному рішенні, відповідно до статті 11 цього Закону».*

Отже, аналізована частина навіть формально не містить жодних положень, спрямованих на досягнення мети, заради якої її було введено до тексту нормативно-правового акту. З іншого боку, послідовність наведених вище етапів процедури ОВД впливає на наступних положень Проекту. Наприклад, розробляти звіт з ОВД до проведення громадського обговорення зобов'язує замовника частина п'ята статті 7 Проекту, згідно з якою громадське обговорення планованої діяльності після подачі звіту з ОВД проводиться у формі громадських слухань та надання зауважень і пропозицій у письмовій формі. Обов'язок уповноважених органів проводити громадське обговорення до прийняття рішення про ОВД впливає з положення частини третьої статті 9 Проекту, яка зобов'язує під час прийняття такого рішення враховувати результати громадського обговорення. Враховувати такі результати під час прийняття рішення про ОВД можна лише за умови проведення цих слухань до моменту прийняття зазначеного рішення.

Обов'язок проводити громадське обговорення; готувати звіт з ОВД та приймати рішення про ОВД до моменту прийняття остаточного рішення впливає з частини першої статті 11 Проекту, яка зобов'язує замовника подати до органа, уповноваженого приймати остаточне рішення, такі документи:

- 1) звіт з оцінки впливу на довкілля;
- 2) звіт про громадське обговорення;
- 3) рішення з оцінки впливу на довкілля.

Забезпечити виконання цієї вимоги можна лише за умови, якщо на момент звернення до уповноваженого органу для отримання остаточного рішення всі наведені вище документи вже є.

Обов'язок змовника подавати повідомлення про плановану діяльність, що підлягає оцінці впливу на довкілля, впливає з положення частини сьомої статті 5 Проекту, яка надає можливість громадськості протягом 10 робочих днів з дня офіційного оприлюднення повідомлення про плановану діяльність, що підлягає оцінці впливу на довкілля, подати уповноваженому органу зауваження і пропозиції до *«обсягу досліджень та рівня деталізації інформації, що підлягає включенню до Звіту з оцінки впливу на довкілля»*. Виконати цю вимогу можна лише за умови публікації повідомлення про плановану діяльність, що підлягає оцінці впливу на довкілля, до моменту прийняття звіту з ОВД для розгляду в уповноваженому органі.

Вищевикладене дає підстави стверджувати, що положення частини першої статті 2 Проекту не виконує жодної регулятивної функції та є зайвим у тексті Проекту. Додатковим свідченням зайвості аналізованої частини є відсилання до

інших статей. Наприклад, згідно з пунктом першим частини першої статті 2 Проекту ОВД включає в себе *«підготовку Звіту з оцінки впливу на довкілля суб'єктом господарювання відповідно до статей 5 та 6, а також, за необхідності, статті 14 цього Закону»*. Складається враження, що без спеціальної на це вказівки у пункті першому частини першої статті 2 Проекту ні статті 5 та 6, ні стаття 14 цього Закону не є нормами прямої дії і не будуть діяти. Якщо ж вони є нормами прямої дії, то, власне, для чого посилатися на них у пункті першому частини першої статті 2 Проекту, адже і без цього посилання вони будуть діяти. На наш погляд, слушно зазначив А.М. Мірошніченко, що *«... вміщуючи кожне слово до закону, слід чітко усвідомлювати, навіщо це робиться»* [32 с. 102]. Резонною є також думка А.М. Мірошніченка про те, що повторення одних і тих самих положень у тексті нормативно-правового акту у кращому випадку призведе до дублювання, а в гіршому – до несподіваних наслідків, коли виникне незапланована колізія [вільне тлумачення думки А.М. Мірошніченка 32 с. 102]. Частина перша статті 2 Проекту може викликати колізію між нею та статтею 3 Проекту. Наприклад, є вид діяльності, який не передбачений частинами другою та третьою статті 3 Проекту. Зазначені частини визначають перелік видів діяльності, яких заборонено провадити без процедури ОВД. За змістом статті 3 Проекту, якщо вид діяльності не передбачений частинами другою та третьою цієї статті, то проводити оцінку впливу для таких об'єктів є необов'язковим. Проте положення частини першої статті 2 Проекту, згідно з яким *«оцінка впливу на довкілля – це процедура, яка передбачає: 1) підготовку Звіту з оцінки впливу на довкілля суб'єктом господарювання відповідно до статей 5 та 6, а також, за необхідності, статті 14 цього Закону ...»* можна тлумачити так, що частина перша статті 2 Проекту встановлює інші положення, ніж частини друга та третя статті 3 Проекту. Приводом для такого тлумачення може бути та обставина, що у частині першій статті 2 Проекту є постійні відсилки до інших статей. Зокрема, пункт перший містить відсилку до статей 5, 6, 14; пункт другий – до статей 7, 8, 14; пункт п'ятий – до статті 11 Проекту. Відсилення у частині першій статті 2 Проекту до наведених статей та брак такого відсилення до положень статті 3 Проекту може тлумачитися так, що стаття 2 Проекту закріплює обов'язковість процедури ОВД для всіх без винятку видів діяльності та об'єктів, адже якби законодавець вважав, що положення статі 2 застосовувалися з урахуванням вимог статті 3, він би зробив посилання на цю статтю, як це має місце у випадку зі статтями 5, 6, 7, 8 та 14 Проекту. Якщо законодавець цього не зробив, то це може тлумачитися як

його намір встановити у статті другій правило, відмінне від правила, якого містить стаття 3 Проекту.

Отже, положення частини першої статті 2 Проекту не встановлює жодних правил поведінки і може спричинити виникнення колізій у майбутньому. На цій підставі положення частини першої статті 2 Проекту потрібно виключити із Проекту.

### ***Визначення суб'єктів процедури ОВД***

Частина третя статті 2 Проекту визначає суб'єктів ОВД. Невідомо, які регулятивні функції виконує ця частина. Будь-яка особа, для якої Проектом встановлено права та/чи обов'язки, є суб'єктом правовідносин у сфері ОВД. Уявімо собі, що положень частини третьої статті 2 Проекту немає; чи зміниться зазначена у попередньому реченні ситуація? Є підстави вважати, що ситуація не зміниться і особи, наділені правами відповідними нормами Проекту, будуть їх мати, а особи, для яких встановлені обов'язки, будуть зобов'язаними. Таким чином, частина третя статті 2 Проекту немає жодного регулятивного значення і лише констатує стан, який склався б і без цієї статті.

Частина третя статті 2 Проекту, не маючи жодного практичного значення, може тлумачитися так, ніби вона встановлює повноваження органів виконавчої влади у сфері ОВД, зміст яких не визначений. Наприклад, у Чернігівській області заплановано здійснювати діяльність, негативний вплив якої не поширюватиметься за межі області. У такому випадкові саме Чернігівська обласна державна адміністрація буде уповноважена проводити процедуру ОВД. За змістом Проекту інші обласні державні адміністрації матимуть лише право подавати свої коментарі та зауваження до повідомлення про плановану діяльність, яка підлягає оцінці впливу на довкілля. Однак, фраза *«суб'єктами оцінки впливу на довкілля є ... уповноважені центральний та територіальні органи, інші органи виконавчої влади ... органи місцевого самоврядування ...»* може тлумачитися так, що у описаному вище випадкові певні повноваження у сфері проведення ОВД мають: 1) уповноважений центральний орган (на сьогодні Мінприроди); 2) інші органи виконавчої влади; 3) органи місцевого самоврядування (при цьому не визначено, які саме: чернігівська обласна рада чи відповідні районні ради, або ж сільські селищні чи міські ради населених пунктів, на які ймовірно вплине така діяльність). Зміст повноважень цих органів у процедурі ОВД не визначений і може послужити приводом для введення різних погоджень зазначених органів чи бути приводом для інших форм втручання зазначених органів.

Отже, як і у випадку з частиною першою статті 2 Проекту, частина третя цієї статті, не встановлюючи жодних нових положень у порівнянні з іншими статтями Проекту, може призвести до істотних негативних наслідків.

***Визначення видів діяльності, для яких проведення процедури ОВД є обов'язковим***

Згідно з частиною першою статті 3 Проекту *«проведення оцінки впливу на довкілля є обов'язковим у процесі прийняття рішення про здійснення планованої діяльності, яка може мати значний вплив на довкілля та визначена у частинах другій та третій цієї статті»*. Буквальне тлумачення цієї частини дозволяє дійти висновку, що для того, аби ОВД була обов'язковою, повинно мати місце одночасно дві обставини:

- 1) вид діяльності повинен мати значний вплив на довкілля;
- 2) вид діяльності повинен бути зазначений у частині другій та третій статті 3 Проекту.

У такому розумінні положення частини першої статті 3 Проекту суперечить частині четвертій статті 3 Проекту, згідно з якою *«забороняється здійснення планованої діяльності, визначеної частинами другою та третьою цієї статті [статті 3 – вставка наша Т.Т.], без оцінки впливу на довкілля та отримання остаточного рішення»*. Отже, згідно з частиною четвертою статті 3 Проекту сам факт включення виду діяльності до частин другої чи третьої статті 3 Проекту означає обов'язковість проведення ОВД для таких видів діяльності. Таким чином створено колізію, яку необхідно усунути до прийняття Проекту.

Частини друга – четверта статті 3 Проекту встановлюють процедуру автоматичного скрінінгу, який полягає у тому, що у нормативно-правовому акті закріплюються критерії суттєвого впливу видів діяльності. Якщо вид планованої діяльності відповідає цим критеріям, проведення ОВД щодо такого виду діяльності є обов'язковим. На наш погляд, такий порядок суперечить міжнародним зобов'язанням України. Наприклад, частиною п'ятою статті 4 Конвенції про оцінку впливу на довкілля у транскордонному контексті [29] (далі – Конвенція Еспо) передбачено, що заінтересовані сторони можуть досягнути згоди щодо видів діяльності, не включених до додатку I до Конвенції Еспо, буде застосовуватися процедура, встановлена цією конвенцією. Застосування Конвенції Еспо зобов'язує проводити ОВД щодо відповідного виду діяльності. Сторони можуть домовитися про проведення процедури ОВД також і щодо видів діяльності та об'єктів, що не передбачені частинами другою та третьою статті 3 Проекту. У випадку, якщо Україна та інша заінтересована сторона

дійдуть згоди про необхідність проведення транскордонної процедури ОВД (передбачена Конвенцією Еспо), частини друга та третя статті 3 Проекту будуть забороняти проведення такої процедури, оскільки вони містять вичерпний перелік видів діяльності, щодо яких проведення процедури ОВД (у тому числі і транскордонної) є обов'язковим.

Положення частини шостої статті 3 Проекту носить характер радше роз'яснення, аніж правової норми. Не заперечуючи важливості і навіть необхідності роз'яснювальної роботи у царині права, не можна не погодитися з тим, що прийняття закону не є найдешевшим і найпростішим засобом для цього. Підставою для такого висновку є те, що основною ідеєю, до якої зводиться зміст цієї частини, є те, що заборонено спричиняти вплив на довкілля, який порушує вимоги остаточного рішення та рішення з ОВД. Аналіз положень Проекту свідчить про те, що як остаточне рішення, так і рішення з оцінки впливу на довкілля є адміністративними актами. В юридичній літературі адміністративний акт визначають як «... рішення (юридичний акт) індивідуальної дії, прийняте суб'єктом публічної адміністрації, спрямоване на набуття, зміну чи припинення прав та обов'язків фізичної або юридичної особи (осіб)» [27 с. 245]. Отже, обидва із зазначених вище юридичних актів встановлюють обов'язки, тому окремо зазначати про це є зайвим.

Частина шоста статті 3 Проекту включає також і іншу складову: положення про обов'язковість положень проектної документації на будівництво після видання відповідного дозволу. Метою будь-якого дозволу, в тому числі і дозволу на будівництво, є встановлення умов здійснення планованої діяльності. Для отримання дозволу на виконання будівельних робіт замовник повинен подати проектну документацію на будівництво (пункт 18 Порядку виконання будівельних робіт, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 13.04.2011 № 466 [43]). У самій формі дозволу на виконання будівельних робіт, яка міститься у додатку 4 до Порядку виконання будівельних робіт (далі – Форма дозволу), жодних умов здійснення планованої діяльності не зазначено, за винятком вказівки на осіб, що будуть здійснювати авторський та технічний нагляд, а також відповідального виконавця робіт. Форма дозволу містить посилання на проектну документацію та результати експертизи проектної документації на будівництво. Такий перелік відомостей, які повинен містити дозвіл на виконання будівельних робіт, свідчить про те, що фактично умови дозволу містяться у проектній документації на будівництво, які під час видачі дозволу на виконання будівельних робіт схвалюються. Зміна проектної документації на будівництво без отримання нового дозволу буде означати, що

будівельні роботи здійснюються всупереч параметрам, які схвалені виданим дозволом на проведення будівельних робіт. Протиправний характер таких будівельних робіт не повинен викликати жодних сумнівів, тому частина шоста статті 3 Проекту є зайвою також і у частині встановлення обов'язковості дотримання вимог, що містяться у проектній документації на будівництво.

Спроба додатково акцентувати увагу на обов'язковості проектної документації на будівництво у частині шостій статті 3 Проекту продиктована наміром запобігти ситуації, за якої забудовник буде заперечувати обов'язковість параметрів, встановлених проектною документацією на будівництво. На наш погляд, такий намір сам по собі заперечень не викликає, проте варто все ж таки відокремлювати вади чинного законодавства, які дійсно мають місце, та надумані проблеми. Заперечення обов'язковості проектної документації на будівництво, щодо якої отримано дозвіл на виконання будівельних робіт, належить, на наш погляд, до надуманих проблем. При цьому ми допускаємо, що на практиці може скластися така ситуація, коли забудовники можуть заперечувати обов'язковий характер параметрів, визначених проектною документацією на будівництво, однак така поведінка є явним порушенням вимог чинного законодавства і черговим прикладом спроби уникнути відповідальності, що не є приводом для того, аби невиправдано ускладнювати положення чинного законодавства.

### ***Зв'язок Проекту з чинним законодавством***

Теза про необхідність враховувати положення чинного законодавства у процесі розробки проектів нормативно-правових актів звучить тривіально і складається враження консенсусу з цього питання. Проте під час розробки Проекту, на жаль, залишено поза увагою правові положення, що могли б виконати функції елементів процедури ОВД. Наприклад, згідно з частиною третьою статті 4 Проекту *«уповноважений територіальний орган [обласна державна адміністрація – вставка наша – Т.Т.] та уповноважений центральний орган [Мінприроди – вставка наша – Т.Т.] забезпечують безкоштовний доступ громадськості до всієї інформації, яка стосується процесу прийняття рішення (звіту із оцінки впливу на довкілля та іншої документації) по мірі її надходження, за винятком встановлених законом виключень, що застосовуються у доступі до інформації»*. Наведена стаття зобов'язує уповноважений орган «надавати доступ» до всіх документів, що надходять до цього органа та надання яких не заборонено законом. Правовідносини із забезпечення доступу фізичних осіб до інформації вже достатньо докладно



регламентовані законодавством України. Наприклад, з визначення публічної інформації, наведеного у статті 1 Закону України «Про доступ до публічної інформації» від 13.01.2011 № 2939-VI [24] випливає, що це інформація, яка отримана або створена чи якою володіють суб'єкти владних повноважень. Частина друга статті 1 цього ж закону встановлює загальне правило доступу до публічної інформації, згідно з яким *«публічна інформація є відкритою, крім випадків, встановлених законом»*, а частина друга статті 20 цього ж закону регламентує порядок надання доступу до такої інформації, зобов'язуючи розпорядника інформації *«... надати відповідь на запит на інформацію не пізніше п'яти робочих днів з дня отримання запиту»*. Тож положення статей 1, 20 та інших Закону України «Про доступ до публічної інформації» повністю врегульовують відносини, врегулювати які покликана була частина третя статті 4 Проекту, ба більше: положення частини третьої для чогось дублюються ще і в частині четвертій статті 4 Проекту, тому частина третя статті 4 Проекту є зайвою і повинна бути виключена з Проекту.

Перше речення частини четвертої статті 4 Проекту починається такою декларацією: *«звіт з оцінки впливу на довкілля та інша документація, необхідна для оцінки впливу на довкілля, є відкритими і надаються для ознайомлення»*. Норму, яка має регулятивне навантаження, містить друге речення цієї ж частини, згідно з яким *«доступ до звіту з оцінки впливу на довкілля та іншої документації щодо планованої діяльності забезпечується шляхом їхнього розміщення у місцях, доступних для громадськості у приміщеннях уповноваженого органу, органу місцевого самоврядування відповідної адміністративно-територіальної одиниці, на яку поширюється чи може поширюватись вплив внаслідок здійснення планованої діяльності, у приміщенні суб'єкта господарювання, інших загальнодоступних місцях»*. На наш погляд, частина четверта не зазнала б жодних втрат, якби її перше речення було виключено з тексту. Натомість непотрібна декларація, що міститься у першому реченні цієї частини, здатна завдати немало клопоту з тлумаченням частини четвертої в цілому. Річ у тім, що перше та друге речення частини четвертої статті 4 Проекту містять різний термін, а саме: у першому реченні мовиться про *«документацію необхідну для оцінки впливу на довкілля»*, а в другому про *«документацію щодо планованої діяльності»*. Є підстави вважати, що ці терміни тотожні і друге речення лише докладніше регламентує процедуру *«надання для ознайомлення»* документації, про яку йдеться у першому реченні. Підстави саме для такого тлумачення частини четвертої статті 4 Проекту є те, що в обох частинах складовою частиною як документації, необхідної для

оцінки впливу на довкілля (перше речення частини четвертої статті 4 Проекту), так і документації щодо планованої діяльності (друге речення частини четвертої статті 4 Проекту) є звіт з ОВД. Втім, далеко не виключене й тлумачення цих речень як таких, в яких мовиться про різні види документації, за винятком звіту з ОВД. На цей звіт поширюється режим як документації щодо планованої діяльності, так і документації, необхідної для ОВД. Якщо підтримувати останнє тлумачення, то можна дійти висновку, що положення другого речення частини четвертої статті 4 Проекту не поширюється на документацію, необхідну для оцінки ОВД, а охоплює лише документацію щодо планованої діяльності.

Перше речення частини четвертої зобов'язує уповноважений орган надавати документи для ознайомлення. Надання документів у відповідь на запит є також наданням документа для ознайомлення. Наведена вище редакція першого та другого речень частини четвертої статті 4 Проекту може призвести того, що одні документи, що створюються у процесі ОВД, будуть поширюватися шляхом їхнього розміщення у місцях, доступних для громадськості, а інші – шляхом надання документів на запит. При цьому на які документи буде поширюватися який режим поширення, сказати неможливо.

Всіх цих проблем можна було б уникнути, встановивши обов'язок оприлюднювати документи, що створюються у процесі ОВД, встановивши вимоги, згідно з яким звіт з ОВД здійснюється шляхом:

оприлюднення цих документів у мережі Інтернет на сайті уповноважених органів; та

надсилання до сільських, селищних, міських рад територій, на які буде спричинено чи може бути спричинено негативного впливу планованої діяльності, з тим, щоб вони забезпечили його доведення до відома заінтересованої громадськості.

Частина п'ята статті 4 Проекту також дублює вже чинні норми права. Згідно з цією частиною *«[у] виняткових випадках, коли документація щодо планованої діяльності чи Звіт з оцінки впливу на довкілля містять конфіденційну інформацію суб'єкта господарювання, така інформація за обґрунтованою заявою суб'єкта господарювання відокремлюється, а решта інформації надається для ознайомлення громадськості. При цьому інформація, що стосується впливу на довкілля, в тому числі про кількісні й якісні показники викидів і скидів, фізичні та біологічні фактори впливу, використання природних ресурсів та поводження з відходами, не може бути обмежена у доступі і є відкритою»*. Порядок охорони конфіденційної інформації врегульовано статтями 6, 7 Закону України «Про доступ до публічної інформації», тому навіть

якщо є потреба змінити порядок доступу до конфіденційної інформації, слід вносити зміни саме до статей 6 та 7 Закону України «Про доступ до публічної інформації», які поширюються і на доступ до конфіденційної інформації під час проведення процедури оцінки впливу на довкілля. Натомість Проект розроблено з використанням прямо протилежного підходу, який полягає у тому, що додатково до вже чинних загальних положень доступу до конфіденційної інформації встановлюється нова норма, яка регламентує доступ до конфіденційної інформації у процедурі ОВД. Результатом використання такого підходу є ситуація, за якої одні й ті ж правовідносини регламентують не однією нормою, як це має місце до прийняття Проекту, а двома. Як правильно було зазначено в юридичній літературі, така ситуація сприяє виникненню колізій між правовими нормами. У разі прийняття Проекту виникне колізія між першим реченням частини п'ятої статті 4 Проекту та частиною сьомою статті 6 Закону України «Про доступ до публічної інформації», згідно з якою *«[о]бмеженню доступу підлягає інформація, а не документ. Якщо документ містить інформацію з обмеженим доступом, для ознайомлення надається інформація, доступ до якої необмежений»* та частиною п'ятою статті 4 Проекту, що згідно з якою *«у виняткових випадках, коли документація щодо планованої діяльності чи Звіт з оцінки впливу на довкілля містять конфіденційну інформацію суб'єкта господарювання, така інформація за обґрунтованою заявою суб'єкта господарювання відокремлюється, а решта інформації надається для ознайомлення громадськості»*. Отже, на відміну від першого речення частини п'ятої статті 4 Проект, частина сьома статті 6 Закону України «Про доступ до публічної інформації» зобов'язує уповноважений орган відокремити конфіденційну інформацію від решти в усіх випадках. Натомість перше речення частини п'ятої статті 4 Проекту дозволяє це робити лише *«у виняткових випадках»*.

По-різному вирішено питання й щодо порядку відокремлення конфіденційної інформації від решти інформації, що міститься у звіті з оцінки впливу на довкілля та інших документах, що стосуються процедури ОВД, у частині п'ятій статті 4 Проекту та частині сьомій статті 6 Закону України «Про доступ до публічної інформації». Зокрема, згідно з частиною п'ятою статті 4 Проекту таке відокремлення здійснюється *«за обґрунтованою заявою суб'єкта господарювання»*, частина сьома статті 6 Закону України «Про доступ до публічної інформації» не містить згадки про заяву про відокремлення конфіденційної інформації. Відокремлювати конфіденційну інформацію – це обов'язок уповноваженого органа. Він може здійснити таке відокремлення як за

заявою замовника (якщо разом із звітом з ОВД, замовник поінформував уповноваженого органа, що окремі частини такого звіту є конфіденційною інформацією), так і за власною ініціативою. Останній з описаних випадків може мати місце, коли уповноважений орган не має сумнівів у тому, що певна частина інформації, яка міститься у документах, які стосуються процедури ОВД, є конфіденційною інформацією. З невідомих нам причин частина п'ята статті 4 Проекту вимагає обов'язково заяви суб'єкта господарювання. У першому ж випадку, тобто коли сам замовник вважає за необхідне звернути увагу уповноваженого органа на те, що окрема інформація, що міститься у документації, яка стосується процедури ОВД, є конфіденційною, такий замовник може зробити це лише шляхом подання заяви, у зв'язку з чим немає жодної потреби на цьому окремо наголошувати в законі.

Отже, перше речення частини п'ятої статті 4 Проекту, не сприяючи вдосконаленню правового регулювання захисту конфіденційної інформації, встановлює правила, що знижать ефективність правової процедури відокремлення конфіденційної інформації від решти інформації, якої містить документ, що стосується процедури ОВД, тому ця частина може бути без жодної шкоди виключеною з тексту Проекту.

Не є цілком новим і положення частини п'ятої статті 4 Проекту, яким у досить загальному вигляді перелічено різновиди інформації, що не можуть бути конфіденційною інформацією. Питання про те, які різновиди інформації не можуть належати до конфіденційної, врегульовано частина першою та третьою статті 13 Закону України «Про інформацію». Частина перша статті 13 зазначеного закону перераховує інформацію, що належить до інформації про стан довкілля (екологічна інформація), а частина третя цієї ж статті передбачає, що *«інформація про стан довкілля, крім інформації про місце розташування військових об'єктів, не може бути віднесена до інформації з обмеженим доступом»*. Конфіденційна інформація є різновидом інформації з обмеженим доступом (статті 21 Закону України «Про інформацію»). Частина п'ята статті 4 Проекту лише повторює з деякими редакційними змінами положення абзацу третього частин першої та частини третьої статті 13 Закону України «Про інформацію». Результатом прийняття частини п'ятої статті 4 Проекту буде ризик виникнення колізій між цією частиною та частиною першою та третьою статті 13 Закону України «Про інформацію». У другому реченні частини п'ятої статті 4 Проекту зазначено: *«... інформація, що стосується впливу на довкілля, в тому числі про кількісні й якісні показники викидів і скидів, фізичні та біологічні фактори впливу, використання природних ресурсів та поводження з*

відходами не може бути обмежена у доступі і є відкритою». Частина перша встановлює дещо інший перелік відомостей, що не можуть вважатися конфіденційною інформацією, до таких відомостей ця частина, зокрема, відносить дані про:

*«стан складових довкілля та його компоненти, включаючи генетично модифіковані організми, та взаємодію між цими складовими;*

*фактори, що впливають або можуть впливати на складові довкілля (речовини, енергія, шум і випромінювання, а також діяльність або заходи, включаючи адміністративні, угоди в галузі навколишнього природного середовища, політику, законодавство, плани і програми);*

*стан здоров'я та безпеки людей, умови життя людей, стан об'єктів культури і споруд тією мірою, якою на них впливає або може вплинути стан складових довкілля;*

*інші відомості та/або дані».*

Норма, зафіксована у другому реченні частини п'ятої статті 4 Проекту, дозволяє принаймні два її тлумачення. Згідно з першим, друге речення частини п'ятої статті 4 Проекту встановлює не повний перелік інформації, що може належати до конфіденційної. У такому разі конфіденційною не може вважатися інформація, перерахована як частиною п'ятою статті 4 Проекту, так і частиною першою статті 13 Закону України «Про інформацію». Якщо стати на таку позицію, друге речення частини п'ятої статті 4 Проекту – зайве і підлягає виключенню з Проекту.

Практика може сприйняти й інше тлумачення положення другого речення частини п'ятої статті 4 Проекту, згідно з яким це речення, встановлюючи перелік відомостей, що не можуть належати до конфіденційної інформації, означає, що інші відомості можуть належати до такої інформації. При цьому правило частини п'ятої статті 4 Проекту матимуть пріоритет перед положенням частини третьої статті 13 Закону України «Про інформацію», як норма спеціальна і прийнята пізніше. За такого тлумачення частина п'ята статті 4 Проекту може бути сприйнята як дозвіл на поширення режиму конфіденційної інформації на відомості, що не перераховані у абзаці 4 частини першої статті 13 Закону України «Про інформацію», а саме на інформацію про *«стан здоров'я та безпеки людей, умови життя людей, стан об'єктів культури і споруд тією мірою, якою на них впливає або може вплинути стан складових довкілля»*. Наведений вище аналіз свідчить про те, що друге речення частини п'ятої статті 4 Проекту лише повторює положення, що вже закріплені у нормативно-

правових актах, та можуть спричинити погіршення правового регулювання у порівнянні з уже чинними правилами, тому його слід виключити з Проекту.

### **Єдиний реєстр з ОВД**

Новими у порівнянні з уже чинними актами законодавства є положення про єдиний реєстр з ОВД. Вести цей реєстр повинно Мінприроди. Згідно з частиною шостою статті 4 Проекту інформація, включена до Єдиного реєстру з оцінки впливу на довкілля, є відкритою та доступною через мережу Інтернет, а порядок ведення такого реєстру буде визначати Кабінет Міністрів України. Мотивом закріплення цього положення у тексті Проекту було спонукати органи державної влади створити реєстр та передбачити фінансові ресурси на його утримання. На наш погляд, встановлення обов'язку Мінприроди вести єдиний реєстр з ОВД не гарантує виділення коштів на його утримання. Між тим, включення до нього документів – результатів окремих етапів процедури ОВД є елементами процедури ОВД. Наприклад, до єдиного реєстру з ОВД необхідно включати повідомлення про плановану діяльність, що підлягає ОВД (частина шоста статті 5 Проекту); звіт про оцінку впливу на довкілля (частина п'ята статті 6 Проекту); звіт про громадське обговорення (частина шоста статті 7 Проекту); рішення з ОВД (частина шоста статті 9 Проекту); інформацію про остаточне рішення (частина шоста статті 11 Проекту); рішення про врахування результатів оцінки транскордонного впливу на довкілля (частина одинадцята статті 14 Проекту). Проект містить досить жорсткі вимоги щодо внесення наведених вище документів до єдиного реєстру з оцінки впливу на довкілля, наприклад, відповідно до частини п'ятої статті 6 Проекту *«протягом 5 робочих днів з дня отримання уповноважений територіальний орган, а у випадках, визначених частинами третьою та четвертою статті 5 цього Закону, - уповноважений центральний орган, вносить Звіт з оцінки впливу на довкілля до Єдиного реєстру про оцінку впливу на довкілля»*.

Такі докладні положення, присвячені єдиному реєстрові з ОВД, здатні спричинити істотних негативних наслідків, адже невиконання кожної такої вимоги або невиконання цих вимог у досить стислі строки, передбачені у Проекті, може бути підставою для того, аби вважати остаточне рішення таким, що прийняте з порушенням вимог чинного законодавства. Ситуація може набутися невизначеного характеру у разі, якщо такий реєстр взагалі не буде створений, адже суто формально це дозволить поставити під сумнів законність практично кожного остаточного рішення.

Для того, аби уникнути цих негативних наслідків, положення, присвячені єдиному реєстрові з ОВД, повинні бути виключені з Проекту, а уповноважені органи повинні самостійно знайти спосіб доведення необхідної інформації до відома заінтересованої громадськості. Якщо для належного доведення цієї інформації до відома громадськості потрібен буде реєстр і будуть виділені для цього кошти, то його буде створено і без вказівки на це у Проекті. Натомість, наведені вище положення Проекту про єдиний реєстр з ОВД будуть спричиняти істотної шкоди стабільності остаточного рішення.

### ***Визначення обсягу досліджень у звіті з ОВД***

Цей етап процедури ОВД починається з публікації повідомлення про плановану діяльність, що підлягає оцінці впливу на довкілля. Частина друга статті 5 Проекту визначає зміст такого повідомлення (далі – Повідомлення). Частина друга статті 4 Проекту передбачає, що Повідомлення оприлюднюється шляхом «... їхнього розміщення на офіційній сторінці в мережі Інтернет уповноваженого територіального органу, а у випадках, визначених частинами третьою та четвертою статті 5 цього Закону, – уповноваженого центрального органу, та шляхом їхнього опублікування у друкованих засобах масової інформації, територія розповсюдження яких охоплює адміністративно-територіальні одиниці, які можуть зазнати впливу від планованої діяльності, а також розміщуються на дошках оголошень органів місцевого самоврядування або в інших громадських місцях на території, де заплановано реалізовувати плановану діяльність чи оприлюднюються в інший спосіб, який гарантує доведення інформації до мешканців відповідної адміністративно-територіальної одиниці чи до відповідної територіальної громади, на яку поширюється чи може поширюватись вплив внаслідок здійснення планованої діяльності, та інших зацікавлених осіб».

На наш погляд, ця стаття має декілька вад. Насамперед, стаття не виправдано деталізує обов'язок з оприлюднення Повідомлення. Вищенаведений текст частини другої статті 4 Проекту дає підстави вважати, що уповноважений орган повинен обов'язково використання наступні способи оприлюднення:

розміщення на офіційній сторінці в мережі Інтернет обласної, міської міст Києва та Севастополя державної адміністрації (відповідного підрозділу з питань екології та природних ресурсів), органа виконавчої влади Автономної республіки Крим з питань екології та природних ресурсів (далі – обласна

державна адміністрація), а якщо процедуру ОВД проводить Мінприроди – то на сайті цього органу;

опублікування у друкованих засобах масової інформації, територія розповсюдження яких охоплює адміністративно-територіальні одиниці, які можуть зазнати впливу від планованої діяльності;

розміщення на дошках оголошень органів місцевого самоврядування або в інших громадських місцях на території, де заплановано реалізовувати плановану діяльність.

Встановлення обов'язку застосовувати всі три способи доведення Повідомлення до відома заінтересованої громадськості потягне низку негативних наслідків. По-перше, така норма може призвести до невиправданих витрат замовника у випадку, коли відомо, що використання друкованих засобів масової інформації у цій місцевості є неефективним, оскільки місцеві мешканці не читають місцевих газет. Незважаючи на неефективність такого способу доведення Повідомлення до відома заінтересованої громадськості, замовник та уповноважений органи повинні будуть використовувати такий спосіб, оскільки його використання передбачено законом. Неоприлюднення Повідомлення у друкованих засобах масової інформації Повідомлення означатиме порушення процедури отримання остаточного рішення, що може бути підставою для його скасування за позовом представників громадськості. З іншого боку, якщо в силу особливостей місцевої громади друковані засоби масової інформації є найбільш ефективним засобом доведення до відома заінтересованої громадськості Повідомлення, обов'язок уповноваженого органа використовувати інший спосіб оприлюднення Повідомлення, що забезпечує доведення інформації до осіб, на яких поширюється чи може поширюватись вплив внаслідок здійснення планованої діяльності, повністю охопить собою і друковані засоби масової інформації.

По-друге, будь-яке зайве положення, що стосується ОВД, негативно впливає на стабільність остаточного рішення. Наприклад, Повідомлення було доведено до відома заінтересованої громадськості належним чином, після завершення процедури видано позитивне остаточне рішення. Після цього з'являється недобросовісна особа, яка бажає просто зупинити конкурента, і звертається до суду з позовом, покликаючись на порушення правила про необхідність публікації Повідомлення у друкованих засобах масової інформації. У такій справі пропонована у Проекті редакція частини другої статті 4 дає підстави судді скасувати остаточне рішення як таке, що прийняте з порушенням



чинного законодавства та порушує права громадськості на участь у прийнятті остаточного рішення.

Частина друга статті 4 Проекту встановлює наведені вище три способи доведення повідомлення до відома заінтересованої громадськості, а після цього переліку містяться наступні слова: *«чи оприлюднюються в інший спосіб, який гарантує доведення інформації до мешканців відповідної адміністративно-територіальної одиниці чи до відповідної територіальної громади, на яку поширюється чи може поширюватись вплив внаслідок здійснення планованої діяльності, та інших зацікавлених осіб»*. Така побудова правила частини другої статті 4 Проекту свідчить про те, що інший спосіб доведення Повідомлення до громадян може бути використаний, якщо він є більш ефективний ніж перераховані вище, однак залишається незрозумілим, чи стосуються слова *«чи оприлюднюються в інший спосіб»* до якогось одного із обов'язкових способів доведення інформації до відома заінтересованої громадськості, чи до всіх цих способів.

З метою виправити цю ваду, на наш погляд, необхідно залишити оприлюднення Повідомлення на офіційному веб-сайті уповноваженого органа в мережі Інтернет, та зазначити, що уповноважений орган оприлюднює Повідомлення також і в інший спосіб, що забезпечує доведення інформації до осіб, на яких поширюється чи може поширюватись вплив внаслідок здійснення планованої діяльності.

### ***Строки проведення етапів процедури ОВД***

Істотним недоліком Проекту є, на наш погляд, невдале регулювання строків здійснення тих чи інших дій. У Проекті строки здійснення тих чи інших дій регламентуються шляхом встановлення чіткої кількості днів, протягом яких та чи інша дія повинна бути здійснена. Наприклад, згідно з частиною п'ятою статті 5 Проекту, Повідомлення *«... оприлюднюється у порядку та способами, визначеними статтею 4 цього Закону протягом 5 робочих днів з дня надходження»*. *«Уповноважений територіальний орган протягом 5 робочих днів надсилає Повідомлення про плановану діяльність, яка підлягає оцінці впливу на довкілля, до уповноваженого центрального органу [Мінприроди – вставка наша Т.Т.] та одночасно повідомляє про це суб'єкт господарювання ...»*, якщо ОВД повинен проводити Мінприроди (частина третя статті 5 Проекту). *«Протягом 10 робочих днів з дня офіційного оприлюднення Повідомлення про плановану діяльність, яка підлягає оцінці впливу на довкілля, громадськість може надати уповноваженому територіальному органу, а у випадках,*

визначених частинами третьою та четвертою статті 5 цього Закону, – уповноваженому центральному органу, зауваження і пропозиції до планованої діяльності, обсягу досліджень та рівня деталізації інформації, що підлягає включенню до Звіту з оцінки впливу на довкілля ... » (частина сьома статті 5 Проекту).

Загальним недоліком такого способу встановлення строків вчинення цих дій є ігнорування того факту, що закон не діє у вакуумі. Набуття чинності будь-яким законом означає його дію поряд з іншими нормативно-правовими актами, що вже можуть частково регулювати цю ж сферу правовідносин. Не є винятком у цій частині й ОВД. Чинне законодавство України містить загальні правила вчинення дій органів виконавчої влади. Таким правилом є положення пункту десятого частини третьої статті 3 Кодексу адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV [19] (далі – КАС), згідно з якою *«у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони:... своєчасно, тобто протягом розумного строку»*. Цей пункт, з першого погляду, є процедурним і адресований лише суду, зобов'язуючи його перевіряти рішення органів виконавчої влади на предмет того, чи прийняті вони *«...своєчасно, тобто протягом розумного строку»*. Не заперечуючи процесуального характеру цього припису, було б помилкою заперечувати матеріально-правовий характер обов'язку, що випливає з цієї норми, на що вже зверталася увага в юридичній літературі [30 с. 30]. Права та обов'язки встановлюються у нормативно-правових актах не лише безпосередньо словосполученням на зразок *«особа А має право на»* чи *«особа Б зобов'язана виконати ...»*. Права та обов'язки можуть встановлюватися за допомогою санкцій. Часто санкція означає права та обов'язки різних суб'єктів. Такою є ситуація і у випадку пункту третього частини третьої статті 2 КАС. Частина третя статті 2 КАС встановлює умови застосування санкції – прийняття рішення суду про скасування рішення чи визнання незаконною дії органу, що здійснює владні управлінські функції. Таке положення означає, що якщо зазначений орган бажає, щоб його рішення не було скасовано судом у разі, якщо буде подано відповідний позов, він повинен його приймати у спосіб, за якого суд не матиме підстав для його скасування. Суд не матиме підстав для скасування рішення, передбачених частиною третьою статті 2 КАС, якщо воно буде прийнято з дотриманням всіх вимог, які випливають з частини третьої статті 2 КАС. Однією з таких вимог є вимога приймати рішення своєчасно. Ця вимога буде виконаною лише за умови, що рішення буде прийнято без необґрунтованих

затримок. Отже, із пункту десятого частини третьої статті 2 КАС випливає право особи, щодо якої приймають рішення, на те, щоб рішення щодо неї було прийнято протягом розумного строку та обов'язок органа, що приймає таке рішення, приймати його протягом розумного строку (своєчасно). Порухення обов'язку приймати обґрунтовані рішення дає право потерпілому звернутися до адміністративного суду за захистом свого права на своєчасність прийняття рішення на підставі пункту десятого частини третьої статті 2 КАС. Матеріально-правову природу мають також і інші обов'язки, уповноважених органів, що закріплені частиною третьою статті 3 КАС.

Прийняття Проекту призведе до виникнення колізії між пунктом десятим частини третьої статті 3 КАС та, наприклад, частиною сьомою статті 5 Проекту, яка, на перший погляд, повинна бути вирішеною на користь останнього, оскільки саме остання норма є і спеціальною, і прийнятою пізніше. При цьому, правило, передбачене частиною сьомою статті 5 Проекту, не краще у порівнянні з правилом, якого передбачає пункт десятий частини третьої статті 3 КАС, адже якщо замовник не заперечує проти того, щоб йому видали зауваження і пропозиції до обсягу досліджень у звіті з ОВД пізніше ніж протягом 10 днів, а громадськість потребуватиме кілька додаткових днів для надання важливої інформації щодо обсягу досліджень у звіті з ОВД, то положення частини сьомої статті 5 Проекту не дозволить уповноваженому органу продовжити цей строк. У випадку ж, якщо за 5 днів стало зрозуміло, що громадськість не заінтересована у відповідному проекті, а сам по собі проект не спроможний чинити негативного впливу на довкілля, то уповноважений орган влади буде змушений чекати ще п'ять днів.

До сказаного варто додати, що 10-денний строк для подання зауважень і пропозицій до обсягу досліджень у звіті з ОВД зробить практично неможливою отримання таких зауважень від зачеплених країн у випадку, якщо планована діяльність може мати значного транскордонного впливу, адже 10 денний строк є недостатнім для того, аби перекласти Повідомлення мовою зачепленої країни, розповсюдити його та отримати коментарі та зауваження від заінтересованої громадськості та органів влади.

Усіх вищезазначених проблем можна уникнути, якщо замість невинувато докладного регулювання застосовувати обов'язок органів влади приймати рішення чи вчиняти дії у розумний строк. Як аргумент проти такого правила наводять його непрактичність у зв'язку зі складністю з'ясувати тривалість розумного строку. Спростовує твердження про непрактичність правила, згідно з яким органи виконавчої влади повинні вчиняти дії чи приймати рішення у

розумний строк, поширеність такого підходу у інших актах чинного законодавства наприклад, у Цивільному кодексі України від 16.01.2003 № 435-IV [18] (далі - ЦК) словосполучення «розумний строк» вживається 37 разів.

Встановлення правила про необхідність вчинення дій чи прийняття рішень у розумний строк, буде означати, що орган виконавчої влади повинен вчинити відповідну дію без необґрунтованих затримок. Видається, що таке правило цілком придатне для регулювання цих суспільних відносин, і не призведе до вищеописаних негативних наслідків, що можуть бути зумовлені встановленням конкретного строку.

Згідно з частиною восьмою статті 5 Проекту *«на вимогу суб'єкта господарювання уповноважений територіальний орган, а у випадках, визначених частинами третьою та четвертою статті 5 цього Закону, – уповноважений центральний орган надає умови щодо обсягу досліджень та рівня деталізації інформації, що підлягає включенню до Звіту з оцінки впливу на довкілля»*. Надання вказівок щодо обсягу досліджень та рівня деталізації інформації у звіті з ОВД є нічим іншим як наданням інформації. Тож для чого потрібно було створювати цілу частину, коли чинне законодавство вже містить положення, що гарантують право на отримання інформації. Прикладом такого положення є частина перша статті 5 Закону України «Про інформацію» від 02.10.1992 № 2657-XII [13], згідно з якою *«кожен має право на інформацію, що передбачає можливість вільного одержання, використання, поширення, зберігання та захисту інформації, необхідної для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів»*. На відміну від Закону України «Про доступ до публічної інформації» від 13.01.2011 № 2939-VI [23], що поширюється лише на вже створену інформацію, стаття 5 Закону України «Про інформацію» охоплює собою будь-яку інформацію. Також стаття 5 Закону України «Про інформацію» поширюється як на фізичних, так і на юридичних осіб, на відміну від Закону України «Про звернення громадян» від 02.10.1996 № 393/96-ВР [16], що регламентує право на звернення лише фізичних осіб. Мотиви, з яких потрібно було формулювати частину восьму статті 5 Проекту, нам залишаються незрозумілими.

Частина восьма статті 5 Проекту може спричинити нічим не виправдане обмеження прав суб'єкта господарювання на звернення з метою отримати рекомендації щодо змісту та обсягу інформації, яку повинен містити звіт ОВД. Як видно з положення цієї частини, вона чітко визначає суб'єктів, до яких замовник може звернутися для отримання рекомендацій щодо обсягу інформації, якої повинен містити звіт з ОВД. Це, зокрема:

- 1) у випадках, визначених частинами третьою та четвертою статті 5 Проекту – Мінприроди;
- 2) у інших випадках - обласна державна адміністрація.

Наприклад, суб'єкт господарювання планує здійснювати діяльність, можливий вплив якої поширюється на дві області. Відповідно до частини третьої статті 5 Проекту процедуру ОВД повинно проводити Мінприроди. Замовник на виконання частини восьмої статті 5 Проекту звернувся до Мінприроди із запитом про надання рекомендацій щодо змісту та обсягу інформації, якої повинен містити звіт з ОВД. При цьому замовник може вирішити звернутися з тотожним питанням до міської ради чи обласної державної адміністрації. Якщо без частини восьмої статті 5 Проекту замовник міг вимагати цієї інформації і від міської ради, і від обласної державної адміністрації, посилаючись на частину першу статті 5 Закону України «Про інформацію», то у разі прийняття Проекту, обласна державна адміністрація та міська рада можуть посилатися на слова *«а у випадках, визначених частинами третьою та четвертою статті 5 цього Закону, – уповноважений центральний орган»* як такі, що забороняють їм надавати таку інформацію і дає право це робити виключно уповноваженому центральному органу, тобто Мінприроди. При цьому виникне колізія між частиною восьмою статті 5 Проекту, що нібито надає право надавати вказівки щодо змісту та обсягу інформації, якої повинен містити звіт з ОВД. У наведеному вище випадку лише Мінприроди та частиною першою статі 5 Закону України «Про інформацію», яка не містить таких обмежень права на отримання інформації, що включає також і право отримати інформацію, яка стосується змісту та обсягу звіту з ОВД. При цьому є побоювання, що положення частини восьмої статті 5 Проекту будуть мати пріоритет як прийняті пізніше та спеціальні. Отже, положення частини восьмої статті 5 Проекту призведуть до виникнення колізії з складно-передбачуваними наслідками, до погіршення правового регулювання порядку отримання вказівок щодо обсягу та змісту інформації, яку повинен містити звіт з ОВД.

Правило, закріплене у другому реченні частини восьмої статті 5 Проекту, робить обов'язковими умови щодо обсягу досліджень та рівня деталізації інформації звіту з ОВД, інформацію щодо яких надав уповноважений орган у відповідь на відповідну заяву суб'єкта господарювання.

Встановивши правило про обов'язковість таких рекомендацій, Проект, на наш погляд, лише погіршив правове регулювання процедури визначення обсягу та змісту інформації, що повинна міститися у звіті з ОВД. Без другого речення

частини восьмої статті 5 Проекту замовник на свій розсуд має право керуватися чи не керуватися рекомендаціями, отриманими від уповноваженого органа. Якщо ці рекомендації є обґрунтованими, то їх неврахування повинно стати приводом для прийняття негативного остаточного рішення, адже, приймаючи остаточне рішення, уповноважений орган повинен його приймати обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії). Якщо остаточне рішення прийнято необґрунтовано, правило пункту третього частини третьої статті 2 КАС зобов'язує суд його скасувати. Отже, пункт третій частини третьої статті 2 КАС створює належний правовий засіб стимулювання суб'єктів господарювання враховувати слушні рекомендації в звіті з ОВД.

Результатом же прийняття Проекту буде виникнення обов'язку суб'єкта господарювання керуватися всіма вказівками щодо змісту звіту з ОВД, що їх надав уповноважений орган, незалежно від їх обґрунтованості. Отже, без прийняття Проекту правове регулювання стимулює враховувати лише обґрунтовані рекомендації уповноваженого органа щодо змісту та обсягу інформації у звіті з ОВД, а у разі прийняття Проекту замовник повинен бути керуватися всіма без винятку рекомендаціями щодо змісту та обсягу зазначеної інформації. Перший варіант видається набагато ліпшим. Крім того, окрім уповноваженого органа рекомендації щодо змісту та обсягу інформації у звіті з ОВД можуть надійти також і від інших органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування та від громадськості. Рекомендації до змісту звіту з ОВД цих органів та громадськості можуть суперечити рекомендаціям, що їх надав уповноважений орган. Правила другого речення частини восьмої статті 5 Проекту надають перевагу рекомендаціям уповноваженого органа, навіть у випадку якщо рекомендації цього органа є необґрунтованими, а рекомендації інших органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування є обґрунтованими. Таке законодавче вирішення цього питання видається ненайкращим.

Окрім сказаного, частина десята статті 5 Проекту зобов'язує суб'єкта господарювання враховувати зауваження і пропозиції громадськості до змісту звіту з ОВД. Враховувати такі пропозиції означає керуватися обґрунтованими пропозиціями і не керуватися необґрунтованими. Якщо пропозиції уповноваженого органа будуть суперечити обґрунтованим пропозиціям громадськості, то виникне колізія між положенням другого речення частини восьмої статті 5 та частиною десятою статті 5 Проекту.

З метою не створювати таку колізію та забезпечити максимальну ефективність процедури визначення обсягу та змісту інформації, що повинна міститися у звіті з ОВД, потрібно відмовитися від правила частини восьмої статті 5 Проекту і керуватися загальним правилом, встановленим пунктом третім частини третьої статті 2 КАС, яка встановлює матеріально-правовий обов'язок органів виконавчої влади приймати обґрунтовані рішення. Питання про те враховувати чи не враховувати ті чи інші пропозиції щодо змісту та обсягу інформації, яка міститься в звіті з ОВД, необхідно залишити на розсуд замовника проекту.

Частина дев'ята статті 5 Проекту регламентує процедуру надання визначення обсягу інформації, що повинна міститися у звіті з ОВД, у випадку, коли процедуру ОВД проводить центральний орган виконавчої влади у сфері охорони довкілля. Цей орган проводить процедуру ОВД, згідно з частиною третьою статті 5 Проекту, у випадку, коли планована діяльність:

- може мати значний транскордонний вплив; або
- може мати вплив на довкілля двох і більше областей (Автономної Республіки Крим); або
- фінансуватиметься із залученням іноземних кредитів під державні гарантії.

Частина п'ята статті 5 Проекту надає уповноваженому органу на надання умов щодо змісту інформації, яка повинна міститися у звіті з ОВД, лише 20 робочих днів, з дня офіційного оприлюднення Повідомлення про плановану діяльність, яка підлягає ОВД. Такий стислий строк зробить неможливим визначення обсягу інформації, що повинна міститися у звіті з ОВД, у випадку транскордонної процедури ОВД, адже протягом 20 робочих днів уповноважений орган повинен надіслати Повідомлення про плановану діяльність до всіх країн, на територію яких може спричинити вплив планована діяльність, органи влади цих країн повинні розповсюдити цю інформацію серед громадськості, зібрати коментарі громадськості та разом із зауваженнями органів влади цієї ж країни надіслати їх до України. Отримавши коментарі від країн, на територію яких може спричинити вплив планована діяльність, уповноважений орган, згаданий у частині п'ятій статті 5 Проекту, повинен надати їх замовникові. Двадцятиденний строк є, поза всякими сумнівами, недостатнім строком для проведення всіх цих процедур, адже у випадковій транскордонній процедурі ОВД, документи до інших країн потрібно надсилати у спеціальному порядку до осіб, визначених додатку до рішення І/3 Наради Сторін Конвенції про оцінку впливу на довкілля у транскордонному

контексті від 30.03.1998 [1]. Таке повідомлення доцільно насилати разом з нотифікацією, передбаченою статтею 3 Конвенції Еспо. Двадцятиденний строк потрібен буде лише для того, щоб лист, до якого буде додано нотифікацію та Повідомлення про плановану діяльність, надійшов до країни, на яку може бути спричинено вплив планованою діяльністю.

Для усунення цього недоліку необхідно вилучити частину дев'яту статті 5 Проекту та використовувати правило про надання відповіді на заяву про надання умов щодо інформації, яка буде міститися у звіті з ОВД у розумний строк.

Жодного нового правила у порівнянні з чинним законодавством не встановлює частина десята статті 5 Проекту. Ця стаття містить обов'язок суб'єкта господарювання враховувати зауваження та пропозиції громадськості, отриманні під час громадського обговорення Повідомлення про плановану діяльність, що підлягає ОВД щодо змісту та обсягу інформації у звіті з ОВД. Враховувати зауваження та пропозиції громадськості означає, що замовник повинен розглянути їх та керуватися тими з них, які є обґрунтованими. Такий обов'язок замовника створено тим, що орган влади, уповноважений приймати остаточне рішення, пунктом восьмим частини третьої статті 2 КАС зобов'язаний приймати це рішення обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення. Якщо замовник залишить поза увагою зауваження та коментарі громадськості щодо змісту інформації, що повинна міститися у звіті з ОВД, то під час прийняття остаточного рішення орган, уповноважений його приймати, повинен оцінити зауваження та коментарі, яких замовник залишив поза увагою. Якщо дозвільний орган встановить, що коментарі громадськості були обґрунтованими, а їх неврахування зробить неприйнятним здійснення планованої діяльності, то у такому разі орган, уповноважений приймати остаточне рішення, повинен прийняти негативне остаточне рішення. Негативне остаточне рішення призведе до необхідності нести додаткові витрати на переробку звіту з ОВД, тому замовник, що не враховує коментарів громадськості та органів влади та інших суб'єктів, бере на себе ризик додаткових витрат, пов'язаних з переробкою звіту з ОВД. Якщо ж коментарі громадськості є несуттєвими для планованої діяльності чи необґрунтованими, то обов'язок замовника їх виконувати порушуватиме баланс між правами замовника та правами представників громадськості.

Отже, частина десята статті 5 Проекту дублює положення пункту третього частини третьої статті 2 КАС і повинна бути вилучена з тексту законопроекту.



### ***Звіт з ОВД***

Вимоги до звіту з ОВД встановлює стаття 6 Проекту. Важливість цих положень полягає у тому, що після прийняття остаточного рішення положення звіту з ОВД набувають ознак умов планованої діяльності. Ціллю остаточного рішення є встановлення умов, за дотримання яких заявник має право здійснювати плановану діяльність. Є також думка, згідно з якою функцією остаточного рішення у процедурі ОВД є не лише встановлення умов майбутньої планованої діяльності, а й перевірка замовника на предмет виконання (чи здатності виконати) умови безпечного здійснення планованої діяльності. Положення частини першої статті 6 Проекту дають підстави вважати, що її автори виходили саме з того, що функцією остаточного рішення є не лише встановлення умов планованої діяльності, а й перевірка заявника. Підставою для такого висновку є наступні слова частини першої статті 6 Проекту: *«суб'єкт господарювання ... несе відповідальність за подану в Звіті про оцінку впливу на довкілля інформацію згідно з цим Законом»*. Наведена редакція частини першої статті 6 Проекту засвідчує явний намір її автора встановити санкції щодо суб'єкта господарювання у разі, якщо він надав неправдиву інформацію. Така санкція є непотрібною, якщо функцією дозволу вважати лише встановлення умов планованої діяльності. Замовник не заінтересований фальсифікувати звіт з ОВД, якщо після прийняття остаточного рішення замовник повинен буде забезпечити нижчий рівень негативного впливу на довкілля у порівнянні з тим, який би замовник міг здійснювати, якби подав достовірну інформацію. Навіть якщо така ситуація трапиться, то для охорони довкілля і охорони здоров'я це навіть краще, тому законодавцеві немає жодних мотивів ставити цьому перепони, і тим паче встановлювати за це санкції.

Замовник заінтересований у тому, щоб умови здійснення планованої діяльності, зафіксовані у звіті з ОВД, дозволяли здійснювати більший вплив на довкілля. Надійна перепона на цьому шляху – це компетентність органа, який перевіряє звіт з ОВД та приймає остаточне рішення. Якщо такий орган виявив, що пропонувані у звіті з ОВД умови є надто м'якими, він повинен відмовити у винесенні остаточного рішення, або винести остаточне рішення з умовами, які компенсують м'якість умов, передбачених звітом з ОВД. Наприклад, замовник запропонував у звіті з ОВД технологію, що не є найкращою з економічно-доступних. Орган, що виносить остаточне рішення, повинен або винести негативне остаточне рішення, або винести позитивне остаточне рішення, яким буде встановлено обов'язок використовувати найкращу з доступних технологій.

Компетентний орган, уповноважений приймати остаточне рішення, повинен знати, які технології є найкращими з доступних. Отже, якщо вважати, що функцією остаточного рішення є встановити умови планованої діяльності, то виправданість умов, що містяться у звіті з ОВД, забезпечуються всією процедурою ОВД, тому для того, щоб це забезпечити, окремих положень, що встановлюють відповідальність за достовірність інформації, що міститься у звіті з ОВД, не потрібно.

Така відповідальність, проте, потрібна у випадкові, якщо дозвіл виконує функцію джерела інформації для здійснення перевірки спроможності замовника виконати умови, які почнуть діяти після винесення остаточного рішення.

На наш погляд, процедура ОВД не повинна виконувати функцію контролю, оскільки вона для цього не призначена і непридатна. Процедура ОВД, проводиться лише до початку здійснення планованої діяльності або у разі істотної зміни. Потреба у здійсненні заходів державного контролю виникає набагато частіше. Крім того, в Україні створений і діє орган, спеціально призначений для здійснення контролю (Державна екологічна інспекція України). Законом України «Про загальні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 05.04.2007 № 877-V [20] врегульовано процедурні питання здійснення заходів контролю. Видається недоцільним дублювати функції цих органів та процедур ще і процедурою ОВД, тому, на наш погляд, закріплення окремих положень, присвячених відповідальності замовника за інформацію, яка міститься у звіті з ОВД, є невиправданим.

Хибною є не лише ідея частини першої статті 6 Проекту, а й її втілення. Для поглиблення аналізу частини першої статті 6 Проекту наведемо її повністю: *«[с]уб'єкт господарювання забезпечує розробку Звіту про оцінку впливу на довкілля та несе відповідальність за подану в Звіті про оцінку впливу на довкілля інформацію згідно з цим Законом»*. Аналізована частина, як було сказано вище, свідчить про намір авторів встановити санкції для замовника, що подав недостовірну інформацію у звіті з ОВД. Якщо навіть стати на позицію, що така відповідальність потрібна, то закріплювати її слід шляхом внесення змін до Кодексу про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-X [26] (далі - КУпАП), чи до Кримінального кодексу України від 01.04.2001 № 2341-III [17] (далі- КК), або у вигляді адміністративно-господарських санкцій, закріплених у законі. У запропонованому вигляді слова *«суб'єкт господарювання несе відповідальність за подану в Звіті про оцінку впливу на довкілля інформацію»* є позбавленою будь-якого регулятивного значення гаслом.

Текст частини першої статті 6 Проекту залишає незрозумілим, чого саме стосуються слова *«згідно з цим законом»*: розробки звіту з оцінки впливу на довкілля; відповідальності за подану у звіті про ОВД інформації; інформації, що міститься у звіті з ОВД? Аналізовані слова є зайвими, адже якщо Проект передбачає заходи відповідальності та порядок їх застосування, то ці положення Проекту будуть діяти самі по собі, і жодного посилання на них у тексті Проекту не потребують. Будучи позбавленими будь-якого регулятивного значення, аналізовані слова можуть тлумачитися як такі, що зобов'язують накладати лише ті види відповідальності та лише у тому порядку, що передбачений безпосередньо цим законом. Таке тлумачення призведе до колізії між частиною першою статті 6 Проекту та статтею 236 КК у редакції, запропонованій у Проекті; статтею 91-5 КУпАП, доповнити КУпАП якою пропонується у Проекті. При цьому, той факт, що нова редакція статті 236 КК та стаття 91-5 КУпАП набудуть чинності саме в результаті прийняття Проекту, не усуне колізію, а навпаки, зробить її більш складною для вирішення, адже згадані статті КК та КУпАП будуть прийнятими одночасно з частиною першою статтею 6 Проекту. Цієї ситуації не виникне, якщо замість того, щоб закріплювати гасла на зразок *«суб'єкт господарювання несе відповідальність згідно з цим законом»*, законодавець закріпить лише відповідні статті про адміністративну відповідальність у КУпАП, про кримінальну відповідальність у КК та адміністративно-господарські санкції у законі.

### ***Громадське обговорення у процедурі ОВД***

Громадське обговорення полягає у можливості представників громадськості подавати коментарі до оприлюдненого звіту з ОВД, які орган, що приймає остаточне рішення, повинен врахувати під час прийняття остаточного рішення. Подання цих коментарів є реалізацією наступних прав заінтересованої громадськості: права власності (на земельні ділянки, будівлі тощо); права на екологічну безпеку. Певним підтвердженням цієї тези є положення статті 1 Організаційної конвенції, згідно з якою *«[з] метою сприяння захисту права кожної людини ... жити у довкіллі, сприятливому для її здоров'я та добробуту, кожна зі Сторін гарантує права на доступ до інформації, на участь громадськості в процесі прийняття рішень і на доступ до правосуддя з питань, що стосуються навколишнього середовища, відповідно до положень цієї Конвенції»* [34]. Отже, згадана стаття констатує зв'язок між правом на сприятливе довкілля та правом на участь у прийнятті рішень з питань довкілля. При цьому, наведена стаття фіксує мету права на участь у прийнятті рішень, що стосуються довкілля. Такою

метою є *«сприяти захисту права кожної людини жити у довкіллі, сприятливому для її здоров'я та добробуту»*. Створення небезпеки для здоров'я людини означає не лише порушення права на екологічну безпеку, а й право власності на відповідну земельну ділянку. Теза про тісний зв'язок між правом на участь у прийнятті рішень, що можуть негативно впливати на стан довкілля, була висловлена також і Комітетом з дотримання Організації Конвенції (див. пункт 36 [2]).

Значення процедури громадських обговорень у процесі ОВД як процедури реалізації прав людини дає можливість заінтересованій громадськості оскаржувати до суду порушення цих процедурних вимог. Одночасно це підвищує вимоги до якості цих правил, адже їх вади безпосередньо позначатимуться на правах людини. Таке важливе значення робить неприпустимими зайві чи декларативні положення, що стосуються громадського обговорення як складової процедури ОВД. Незважаючи на це, Проект дає багато прикладів зайвих та невдалих положень. Прикладом зайвого положення є частина перша статті 7 Проекту, що вказує на мету громадського обговорення у процедурі ОВД і є, на наш погляд, декларацією, позбавленою будь-якого регулятивного значення. Мета громадського обговорення впливає безпосередньо з норм, що регулюють його проведення, а обов'язок враховувати результати громадського обговорення закріплено як у Проекті (частина третя статті 9 та частини перша та друга статті 11 Проекту), так і у актах чинного законодавства (пункти третій та восьмий частини третьої статті 2 КАС). Вищевикладене дозволяє стверджувати, що вилучення частини першої статті 7 Проекту лише призведе до зникнення зайвого тексту, що саме по собі є вдосконаленням Проекту.

Більшої шкоди здатні заподіяти положення Проекту, які побудовані без урахування того, що окремі елементи громадського обговорення можуть бути врегульовані більш загальними правовими конструкціями. Прикладом можуть слугувати норми, що регламентують порядок подання зауважень та коментарів громадськості щодо звіту з ОВД. Річ у тім, що будь-яке звернення до органа виконавчої влади з вимогами вчинити ту чи іншу дію є зверненням громадян. Право на звернення громадянам України передбачено статтею 1 Закону України «Про звернення громадян» від 02.10.1992 № 393/96-ВР [15]. Цей закон містить також досить докладні положення щодо розгляду звернень громадян. Коментарі заінтересованої громадськості щодо звіту з ОВД, скеровані до обласної державної адміністрації чи до Мінприроди, є зверненням громадян у формі заяви. Заява, як різновид звернення громадян, частиною третьою статті

З Закону України «Про звернення громадян» визначається як « ... звернення громадян із проханням про сприяння реалізації закріплених Конституцією та чинним законодавством їх прав та інтересів або повідомлення про порушення чинного законодавства чи недоліки в діяльності підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, ... а також висловлення думки щодо поліпшення їх діяльності».

Враховуючи, що подання коментарів та зауважень до звіту з ОВД є зверненням громадян, у проекті закону, присвяченому ОВД, потрібно було б лише змінити ті правила розгляду звернень громадян, які з тих чи інших міркувань не можуть бути застосованими у процесі громадського обговорення як елементу процедури ОВД. Решту положень дублювати у Проекті не потрібно. Інший спосіб регулювання порядку розгляду зауважень і пропозицій до звіту з ОВД створить умови для виникнення колізій між Проектом та Законом України «Про звернення громадян».

Сказане зовсім не означає, що порядок розгляду звернень громадян у ході громадського обговорення у процедурі ОВД не потребує спеціальних правил, проте ці правила повинні бути виправданими. В іншому випадку замість користі проект закону може призвести до протилежного результату.

Під час розробки процедури громадського обговорення було два шляхи створення процедури громадського обговорення. Перший шлях полягав у тому, аби врегулювати порядок оприлюднення звіту з ОВД і використати положення Закону України «Про звернення громадян» для регламентації ходу самого громадського обговорення (включаючи громадські слухання). За такої моделі законодавець мав би змінювати процедуру розгляду звернень громадян як процедуру громадського обговорення лише у частині, у якій процедура розгляду звернень громадян не виконувала б належним чином функції процедури громадського обговорення. Другий шлях полягав у створенні нової процедури громадського обговорення, не використовуючи при цьому положення Закону України «Про звернення громадян».

Саме останній шлях обрали автори Проекту. При цьому ніщо в Проекті не свідчить про те, що положення Закону України «Про звернення громадян» не поширюються на заяви (коментарі та пропозиції до звіту з ОВД), подані представниками громадськості в ході громадських обговорень, право громадськості на участь у яких передбачено Проектом. Такий шлях врегулювання процедури громадського обговорення спричинить колізії у разі, якщо Верховна Рада України прийме Проект. Наприклад, абзацом сьомим статті 18 Закону України «Про звернення громадян» передбачено право громадянина,

що звернувся із заявою до органів державної влади, *«одержати письмову відповідь про результати розгляду заяви ...»*. Наведене положення означає, що орган, який приймає остаточне рішення, повинен щодо кожного коментаря та пропозиції представників громадськості надіслати письмову відповідь з поясненням того, яким чином реалізовані ці коментарі та пропозиції. При цьому Проект не передбачає такого обов'язку уповноваженого органа, а лише містить положення, згідно з яким *«державні органи оприлюднюють інформацію про остаточне рішення та забезпечують громадськості можливість для ознайомлення із остаточним рішенням»* (частина п'ята статті 11 Проекту). Цей обов'язок далеко не тотожний обов'язкові, передбаченому абзацом сьомим статті 18 Закону України «Про звернення громадян».

Іншим прикладом колізії, створеної описаним вище способом формування порядку проведення громадського обговорення, є суперечність, що виникне між положенням абзацу восьмого статті 18 Закону України «Про звернення громадян» та вимогами Проекту. Зазначений абзац восьмого статті 18 Закону України «Про звернення громадян» надає право особі, що подала звернення, *«висловлювати усно або письмово вимогу щодо дотримання таємниці розгляду заяви чи скарги»*. В силу цього положення представник громадськості може вимагати таємного розгляду його коментарів до звіту з ОВД. Така вимога, ґрунтуючись на положенні абзацу восьмого статті 18 Закону України «Про звернення громадян», суперечить частині четвертій статті 4 Проекту, згідно з якою *«звіт з оцінки впливу на довкілля та інша документація необхідна для оцінки впливу на довкілля є відкритими і надаються для ознайомлення»*. Частиною документації, про яку мовиться у першому реченні частини четвертої статті 4 Проекту, є письмові зауваження та пропозиції громадськості.

Для уникнення цих колізій, на наш погляд, варто обрати перший спосіб врегулювання порядку проведення громадського обговорення. Належне доведення звіту з ОВД та іншої інформації про плановану діяльність до громадськості дозволить використати процедуру подання та розгляду звернень громадян для регулювання громадського обговорення у ході процедури ОВД. При цьому положення, присвячені розгляду звернень громадян, що не можуть бути застосованими у процедурі ОВД, повинні бути блоковані спеціальними положеннями, присвяченим порядку розгляду звернень громадян у ході процедури ОВД.

Надзвичайно невдалим є положення, зафіксоване у третьому реченні частини другої статті 7 Проекту. Зазначене речення має такого вигляду: *«Письмові зауваження і пропозиції подаються під час громадського*

обговорення протягом строків, визначених частиною другою статті 7 та частиною шостою цієї статті». З цим реченням трапилися якісь редакційні негаразди, інакше не можливо пояснити чому, у частині другій статті 7 Проекту міститься відсилання до цієї ж частини. Частина шоста статті 7 Проекту встановлює 45 денний строк для проведення громадських обговорень. Системне тлумачення частин другої та шостої статті 7 Проекту дає можливість для по-різному тлумачити зміст частини другої статті 7 Проекту. Згідно з першим тлумаченням, частина друга статті 7 Проекту дозволяє подавати зауваження і пропозиції як під час громадського обговорення, так і після нього, при цьому зауваження і пропозиції подані після встановленого строку, не будуть вважатися зауваженнями і пропозиціями, поданими в ході процедури ОВД (громадського обговорення) і будуть розглядатися не за правилами Проекту, а за правилами Закону України «Про звернення громадян». Таке тлумачення дозволяє максимально узгодити положення частини другої статті 7 Проекту з вимогами інших нормативно-правових актів. При цьому регулятивного значення третє речення частини другої статті 7 Проекту не має, адже навіть якби цього речення і не було, то діяв би вищеописаний порядок.

Другий спосіб тлумачення положення, зафіксованого у третьому реченні частини другої статті 7 Проекту, полягає у тому, що ним заборонено подавати будь-які коментарі та зауваження щодо планованої діяльності після закінчення строку, визначеного частиною шостою статті 7 Проекту. За такого розуміння третього речення частини другої статті 7 Проекту воно суперечить статті 1 Закону України «Про звернення громадян», яка не обумовлює право громадян на звернення умовами, визначеними третім реченням частини другої статті 7 Проекту. При цьому частина друга статті 7 Проекту у останньому її тлумаченні обмежує обсяг права на звернення, передбаченого статтею 1 Закону України «Про звернення громадян», що суперечить частині 3 статті 22 Конституції України, яка забороняє під час прийняття законів звужувати зміст і обсяг прав і свобод людини.

Отже, третє речення частини другої статті 7 Проекту має бути виключено з тексту Проекту.

Частина п'ята статті 7 Проекту присвячені формам громадського обговорення. Зі змісту цієї статті випливає, що уповноважений орган повинен провести громадське обговорення у формі *«громадських слухань та надання зауважень і пропозицій у письмовій формі (в тому числі у електронному вигляді)»*. Сполучник «та» вказує на те, що повинні бути застосовані обидві форми. Одна з таких форм – це подання письмових зауважень. Зміст другої

форми – громадських слухань – набагато менш визначений. З частини п'ятої статті 7 Проекту випливає, що така форма є поданням усних коментарів, а частина друга статті 7 Проекту вказує на те, що ці коментарі повинні бути зафіксовані у протоколі. Тож громадські слухання полягають у можливості подавати усні коментарі, що повинні бути зафіксованими у протоколі. Питання правового регулювання громадських слухань має два аспекти: 1) чи потрібно закріплювати їх як обов'язкову форму та 2) яким чином їх закріплювати, у разі позитивної відповіді на перше питання. Зупинимося на розгляді першого аспекту.

Ефективність громадських слухань повністю залежить від бажання (чи/або здатності) уповноваженого органа вислухати громадськість. Таке бажання може бути тому, що уповноважений орган пунктом третім частини третьої статті 2 КАС зобов'язаний прийняти остаточне рішення обґрунтовано, тобто *«з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії)»*. Для того, аби виявити ці обставини і врахувати їх, уповноважений орган запрошує заінтересовану громадськість. Якщо ж уповноважений орган вважає, що всі обставини він уже виявив, і що для прийняття обґрунтованого остаточного рішення заінтересована громадськість нічого привнести не може, то обов'язок проводити громадські слухання в такому разі призведе до перетворення громадських слухань на їх карикатуру, коли від імені уповноваженого органа буде виступати службовець, абсолютно не компетентний у питаннях, з приводу яких проводиться громадське слухання. У такій ситуації громадськості нічого не залишається, як подати письмові коментарі (чи усні коментарі, занесені до протоколу) з подальшим зверненням до суду про скасування остаточного рішення, якщо в останньому не будуть враховані письмові коментарі. Отже, неодмінною умовою проведення повноцінних громадських слухань є бажання уповноваженого органа вислухати громадськість.

Законодавець, що бажає сприяти належному проведенню громадських слухань, може лише встановити достатній строк між оприлюднення Повідомлення про плановану діяльність та прийняттям остаточного рішення. Достатність цього строку дозволить добросовісному органу влади забезпечити громадськості достатній час для ознайомлення зі звітом з ОВД та проведення ефективних і результативних громадських слухань. Регулювання ж порядку проведення громадських слухань лише негативно позначиться на стабільності остаточного рішення і не сприятиме ефективності громадських слухань. Наприклад, відповідно до пункту 15 Порядку залучення громадськості



до обговорення питань щодо прийняття рішень, які можуть впливати на стан довкілля, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 29.06.2011 № 771 [44] (далі – Порядок 771), *«громадські слухання розпочинаються з доповіді замовника проекту рішення ...»*. Припустимо, що громадські слухання було проведено правильно, всі коментарі громадськості було зафіксовано, а на запитання громадськості було надано вичерпних відповідей, проте громадські слухання почалися не з доповіді замовника, а з привітального слова, наприклад, голови обласної державної адміністрації. На хід громадських слухань вплинути ця обставина не може, однак вона дає підстави недобросовісним особам (досить часто конкурентам замовника) використати це як привід для оскарження остаточного рішення, яке ніби то прийняте з порушенням законодавства (пункту 15 Порядку 771).

З міркувань, наведених вище, видається зайвим положення частини дев'ятої статті 7 Проекту, що надає право Кабінетові Міністрів України встановлювати порядок проведення громадських слухань.

Якщо ж навіть і закріплювати громадські слухання як обов'язкову у всіх випадках форму громадського обговорення, то, на наш погляд, робити це варто або у формі обов'язку уповноваженого органа обговорити з представниками громадськості зауваження та пропозиції, яких вони подали, або ж у формі права громадськості особисто викласти аргументи уповноваженому органу та брати участь у розгляді поданої заяви. Прикладом першого підходу є частина 6 ст. 73 Адміністративно-процесуального закону Німеччини, яка встановлює наступне правило: *«після закінчення строку для подачі зауважень, орган, відповідальний за проведення громадських обговорень, повинен обговорити ці зауваження ... в належний час та думку органів влади стосовно плану з замовником проекту, органами влади, особами, на яких може бути спричинено вплив цим планом та тими, хто подав зауваження до нього»*. У цій статті йдеться про обговорення планів, тому що вся ця стаття присвячена обговоренню планів, проте положення частин третьої та 4-7 статті 73 Адміністративно процесуального закону Німеччини поширюються *mutatis mutandis* також і на види діяльності, які підлягають процедурі ОВД та які не є планами.

Прикладом другого підходу є стаття 92 Закону Великої Британії «Про планування», яка надає право заінтересованим особам вимагати проведення громадських слухань. Такий же підхід використано і в цитованому у цій роботі Законі України «Про звернення громадян», яким у абзаці другому статті 18 надано право громадянам *«особисто викласти аргументи особі, що перевіряла заяву чи скаргу, та брати участь у перевірці поданої скарги чи заяви ...»*.

Також як правове підґрунтя проведення громадських слухань можна використовувати інститут особистого прийому громадян. Обов'язок проводити особистий прийом громадян передбачено статтею 22 Закону України «Про звернення громадян». Важливо звернути увагу на те, що згідно з частиною четвертою зазначеної статті *«усі звернення громадян на особистому прийомі реєструються. Якщо вирішити порушені в усному зверненні питання безпосередньо на особистому прийомі неможливо, воно розглядається у тому ж порядку, що й письмове звернення. Про результати розгляду громадянину повідомляється письмово або усно, за бажанням громадянина»*.

Отже, закріпити обов'язковість громадського обговорення доцільніше за допомогою зміни порядку проведення особистого прийому чи/або за допомогою внесення змін до порядку участі у розгляді заяви представниками громадськості. Такі зміни мають передбачати обов'язок відповідальних осіб у разі відповідної заяви громадян провести особистий прийом до моменту прийняття рішення щодо виду діяльності.

Запропонований вище спосіб закріплення обов'язковості громадських слухань дозволить уникнути випадків, коли потрібно проводити громадські слухання, навіть якщо уповноважений орган точно знає, що громадськість не зацікавлена у обговоренні проекту і що у громадських слуханнях ніхто з представників громадськості участі не візьме.

Обраний спосіб закріплення обов'язковості громадських слухань характеризується низкою вад. Зокрема, як було зазначено вище, ознаками громадських слухань є їх усний характер, ведення протоколу під час їх проведення, їх обов'язковість поряд з поданням письмових коментарів. Цим ознакам повністю відповідатиме наприклад, проведення засідання громадської ради Мінприроди, або ж виступ голови обласної державної адміністрації у місцевій радіо- чи телепрограмі з 10 хвилинною можливістю для громадян поставити йому питання щодо планованої діяльності.

Наостанок варто звернути увагу на те, що друге речення частини другої та п'ятої статті 7 Проекту сформульовані таким чином, що може скластися враження, що вони забороняють подавати на громадських слуханнях зауваження та пропозиції у письмовій формі. Потреба подати коментарі у письмовій формі може виникнути тоді, коли, на думку представників громадськості, є небезпека неправильної фіксації у протоколі змісту їх зауважень та пропозицій. Жодної потреби у тому, щоб забороняти подавати коментарі у письмовій формі на громадських слуханнях, на наш погляд, немає.

### ***Рішення про ОВД***

Новим положенням Проекту є рішення про ОВД. Це рішення передуватиме остаточному рішенням та встановлюватиме екологічні умови здійснення планованої діяльності. Рішення про ОВД є обов'язковим (частина друга статті 9 Проекту).

Введення до тексту Проекту рішення про ОВД зумовлене останніми змінами до Директиви 2011/92/ЄС. Зокрема, підпункт (iv) пункту (g) параграфу 2 ст. 1 цієї директиви серед етапів ОВД передбачає обґрунтований висновок органа, відповідального в країні за виконання обов'язків, що передбачені цією директивою, про істотні наслідки проекту для довкілля. Відповідно до параграфу (а) статті 8а Директиви 2011/92/ЄС *«рішення про дозвіл на будівництво повинно включати принаймні наступну інформацію: ... обґрунтований висновок відповідно до підпункт (iv) пункту (g) параграфу 2 статті ... »*.

Проекти нормативно-правових актів, що спрямовані на забезпечення адаптації законодавства України до вимог права ЄС, мають не лише узгодити вимоги законодавства України з вимогами права ЄС, а і забезпечити це у найбільш зручний для країни спосіб. Нагальною необхідністю в Україні є боротьба з корупцією. Остання виникає там, де має місце контакт фізичної чи юридичної особи з державними органами, які мають право видавати різного виду погодження та дозволи. Для того, аби подолати корупцію, потрібно зменшити кількість таких контактів, а з корупцією, що може мати місце при наданні адміністративних послуг, що залишаться, боротися традиційними методами [вільне тлумачення – 10]. Скасування зайвих документів дозвільного характеру приводить до ліквідації колосального джерела корупції [вільне тлумачення – 11 с. 169]. Таким чином, в умовах, в яких перебуває сьогодні держава, найбільш сприятливим буде правове регулювання, що передбачає мінімальну кількість адміністративних послуг.

Як правильно було зазначено в юридичній літературі, стаття 2 залишає за країнами-членами вибір: інтегрувати процедуру ОВД у чинні дозвільні процедури або запровадити ОВД як окрему дозвільну процедуру [6 с. 7]. У Проекті було обрано варіант інтеграції процедури ОВД до чинних процедур прийняття рішень (в переважній більшості це процедури отримання документів дозвільного характеру), який передбачає додатковий документ дозвільного характеру – рішення про ОВД. Зупинимось на питанні, чи можливо забезпечити адаптацію законодавства України до вимог Директиви 2011/92/ЄС без

встановлення додаткового документа дозвільного характеру – рішення про ОВД.

Насамперед потрібно з'ясувати, чи передбачає Директива 2011/92/ЄС необхідність двох різних рішень, одне з яких – рішення про ОВД, а інше – остаточне рішення, та чи повинна країна-член встановлювати порядок, згідно з яким рішення про ОВД встановлює екологічні параметри проекту, що не можуть бути змінені остаточним рішенням.

Згідно з частиною першою статті 8а Директиви 2011/92/ЄС *«рішення про дозвіл на будівництво має включати принаймні таку інформацію:*

*(а) аргументований висновок, передбачений підпунктом «iv» пункту «g» частини другої статті 1 [Директиви 2011/92/ЄС – вставка наша. – Т.Т.];*

*(б) екологічні умови, додані до рішення, опис будь-яких особливостей проекту та/чи заходів, передбачених з метою уникнути, попередити чи знизити, та, якщо можливо, нейтралізувати істотних негативних наслідків для довкілля, а так само, де це прийнятно - заходів моніторингу».*

Висновок, про який мовиться у пункті (а) статті 8а Директиви 2011/92/ЄС визначений підпунктом «iv» пункту «g» частини другої статті 1 як *«аргументований висновок компетентного органа щодо істотних наслідків проекту для довкілля, враховуючи результати розгляду, про яких мовиться у пункті (iii) [у цьому пункті йдеться про розгляд, що здійснює уповноважений орган, результатів процедури ОВД, включаючи і громадські обговорення] та, де це прийнятно, його власні додаткові результати обстеження ...».* На наш погляд, ніщо в наведених положеннях не свідчить про те, що аргументований висновок та остаточне рішення повинні бути двома окремими рішеннями, тому оптимальним шляхом, який забезпечить впровадження положень Директиви 2011/92/ЄС найбільш прийнятним для України способом, буде порядок, який не буде передбачати окремого від остаточного рішення обов'язкового документа, який виконуватиме функцію аргументованого висновку, передбаченого пунктом (а) статті 8а Директиви 2011/92/ЄС.

Положення Проекту щодо рішення про ОВД сформульовані так, що вони утворюють колізію з правилами, присвяченим остаточному рішення, на що вже зверталось увагу в юридичній літературі [6 с. 8]. Ця колізія полягає у тому, що частиною другою статті 9 Проекту передбачено, що *«рішення з оцінки впливу на довкілля є обов'язковим для виконання. Екологічні умови здійснення діяльності є обов'язковими, зазначаються у остаточному рішенні та є його невід'ємною частиною. Рішення з оцінки впливу на довкілля, яким встановлено недопустимість здійснення планованої діяльності, є підставою для відмови в*

видачі остаточного рішення». Наведена норма дає підстави вважати рішення про ОВД обов'язковим до виконання документом дозвільного характеру, а вимоги цього рішення не можуть бути змінені остаточним рішенням.

Всупереч наведеній вище статті 9, положення статті 11 Проекту дають підстави для протилежного висновку. Перед тим, як звернутися до аналізу її положень, необхідно нагадати, що згідно зі статтею 1 Проекту остаточним рішенням є *«рішення органу державної влади щодо затвердження (схвалення) планованої діяльності, яке є підставою для початку реалізації цієї діяльності, встановлює (затверджує) параметри та умови її здійснення, і яке приймається у формі документу дозвільного характеру або іншого акту органу державної влади»*. Отже, саме остаточним рішенням уповноважений орган схвалює плановану діяльність та встановлює умови її здійснення. Частиною другою статті 11 Проекту уповноважені органи, що приймають остаточне рішення, зобов'язані забезпечити лише *«врахування висновків Рішення з оцінки впливу на довкілля щодо допустимості здійснення планованої діяльності та включення до рішення екологічних умов її здійснення ...»*. Врахування висновків у рішенні з ОВД полягає у тому, що у разі, якщо такі висновки обґрунтовані, слід керуватися ними, якщо ж вони є необґрунтованими чи помилковими, висновки зазначеного рішення ні до чого не зобов'язують орган, уповноважений приймати остаточне рішення.

Таким чином, Проект спричинить колізію між положеннями статей 9 та 11. На наш погляд, вирішити цю колізію потрібно саме на користь статті 11 Проекту, тобто передбачити обов'язок органа, уповноваженого приймати остаточне рішення, лише враховувати думку органа, до компетенції якого належить проведення ОВД (якщо такий орган не співпадає з органом, що приймає остаточне рішення). Обов'язок органів виконавчої влади враховувати всі обставини, що їм відмові чи повинні бути відомі на момент прийняття остаточного рішення, вже впливає з положення пункту третього частини третьої статті 2 КАС, тому вирішити зазначену вище колізію можна за допомогою виключення статті 9 з Проекту.

Різниця між правилами, передбаченими статтями 9 та 11 Проекту, полягає у тому, що стаття 11 Проекту зобов'язує орган, уповноважений приймати остаточне рішення, керуватися лише обґрунтованим зауваженнями, що містяться у рішенні з ОВД. Стаття 9 Проекту зобов'язує орган, уповноважений приймати остаточне рішення, включати до остаточного рішення всі коментарі, що містяться у рішення з оцінки впливу на довкілля, незалежно від їх обґрунтованості чи правильності. Іншими словами, щодо обґрунтованих

коментарів розбіжностей між статтями 9 та 11 Проекту немає, натомість на відміну від статті 11 Проекту його стаття 9 зобов'язує орган, уповноважений приймати остаточне рішення, керуватися також і не обґрунтованими коментарями. Видається, що не було і не могло бути метою статті 8а Директиви 2011/92/ЄС змушувати орган, уповноважений приймати остаточне рішення, включати до свого рішення необґрунтовані положення, які містить рішення з ОВД.

За задумом Проекту рішення про ОВД відрізняється від остаточного рішення тим, що першим затверджуються екологічні параметри проекту, а другим всі інші т.з. неекологічні його параметри. На наш погляд, такий поділ є штучним, адже «екологічні» параметри досить часто є або одночасно і економічними, або тісно пов'язані з економічними. Наприклад, яким параметром є місце розташування об'єкта? Чи тип сировини, що використовується для виготовлення продукції? Або ж потужність теплової електростанції? Чи обсяг сталі, що буде виплавлятися за допомогою установки?

Є підстави вважати, що створення двох рішень, якими затверджуються параметри проекту, призведе до своєрідного роздвоєння остаточного рішення, коли функції остаточного рішення будуть розподілені між рішенням про ОВД та, власне, остаточним рішенням. Негативним наслідком роздвоєння остаточного рішення буде невизначеність у питанні про те, яке рішення впливає на права замовника чи громадськості і, відповідно, яке рішення позивачеві слід оскаржувати в суді. Помилка у цьому питанні загрожує закриттям провадження по справі.

На жаль, не було враховано недавнього вкрай негативного досвіду з роздвоєнням остаточного рішення. До дня набрання чинності статтею 31 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17.02.2011 № 3038-VI [41] діяв наступний порядок експертизи проектної документації на будівництво. Для об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку, перелік яких було визначено постановою Кабінету Міністрів України від 27.07.1995 № 554, потрібно було отримати висновок державної екологічної експертизи. Після чого потрібно було обов'язково отримати позитивний комплексний висновок державної експертизи (частина перша статті 8 та частина перша статті 15 Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 № 1560-XII [12]). При цьому, згідно з абзацом третім пункту 7 Порядку затвердження інвестиційних програм і проектів будівництва та проведення їх державної експертизи, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 31.10.2007 № 1269 [40], «відповідні висновки [включаючи і висновок державної

екологічної експертизи – вставка наша Т.Т.] є складовими частинами висновку комплексної державної експертизи». Отже, склався порядок, який дуже нагадує запропонований Проектом. Положення чинного законодавства давали підстави вважати обов'язковими обидва висновки. Обов'язковість комплексного висновку державної експертизи випливала з положень вищенаведених статей, а обов'язковість висновку державної екологічної експертизи випливала з частини третьої статті 13 Закону України «Про екологічну експертизу» від 09.02.1995 № 45/95-ВР [14].

Незважаючи не досить категоричні положення частини третьої статті 13 та частини четвертої статті 39 Закону України «Про екологічну експертизу», суди в низці справ доходили висновку про те, що обов'язковим до виконання документом є лише комплексний висновок державної експертизи, а висновок державної екологічної експертизи лише підлягає врахуванню під час складання першого. Такі висновки судів завдавали немало клопоту представникам громадськості, які після місяців роботи над справою отримували ухвалу суду про закриття провадження по справі у зв'язку з тим, що висновок державної екологічної експертизи, наприклад щодо глибоководного суднового ходу, «... не є рішеннями суб'єкта владних повноважень у розумінні ч. 2 ст. 2 КАС України, оскільки не містять приписів владного характеру, а лише дають оцінку робочому проекту робочому проекту глибоководного суднового ходу з приводу можливої діяльності глибоководного суднового ходу на предмет її відповідності законодавству про охорону довкілля» [45]. Ніщо б не могло запобігти такому рішення і щодо комплексного висновку державної експертизи, у разі, якщо представники громадськості оскаржували б саме цей висновок. У випадку з останнім підстав для того, щоб наполягати на значенні висновку державної екологічної експертизи як акту, що містить рішення суб'єкта владних повноважень, більше. Зокрема, у частині четвертій статті 39 Закону України «Про екологічну експертизу» спеціально було зазначено, що «реалізація проектів і програм чи діяльності без позитивних висновків державної екологічної експертизи забороняється», хоча це і так випливає з обов'язковості екологічної експертизи.

Отже, практика застосування положень статті 13 та 39 Закону України «Про екологічну експертизу» та статей 8 та 15 Закону України «Про інвестиційну діяльність» свідчить про те, що роздвоєння функцій остаточного рішення між двома документами може спричинити невизначеність у питанні про те, який з двох актів встановлює права та обов'язки і, відповідного, який акт потрібно оскаржувати у разі порушення суб'єктивних прав громадськості чи

замовника проекту. У зв'язку з цим впровадження рішення з ОВД, що є актом, який виконує низку функцій остаточного рішення поряд з іншими рішенням, є, на наш погляд, не найбільш вдалим способом врегулювання порядку встановлення параметрів планованої діяльності.

### ***Остаточне рішення у процедурі ОВД***

Правовому регулюванню остаточного рішення здійснюється здебільшого статтями 11 та 12 Проекту. Зміст першого речення частини першої статті 11 Проекту полягає у обов'язкові замовника подати до органа, уповноваженого приймати остаточне рішення, результати ОВД. Друге речення частини першої статті 11 Проекту встановлює вичерпний перелік результатів ОВД, ними, зокрема, є:

- 1) Звіт з ОВД;
- 2) Звіт про громадське обговорення;
- 3) Рішення з ОВД.

Результати ОВД замовник повинен подати *«для отримання остаточного рішення»*, що свідчить про те, що замовник не отримає остаточного рішення, якщо не подасть наведені вище результати ОВД. Замовник повинен подати результати ОВД *«для отримання остаточного рішення у порядку, встановленому законодавством для відповідних рішень»*. На наш погляд, останні слова першого речення частини першої статті 11 Проекту є зайвими, адже якщо є встановлений порядок надання документів органів, уповноваженому приймати остаточне рішення, то він буде діяти і без спеціальної на це вказівки у частині першій статті 11 Проекту. Запропоновану редакцію органи, що приймають остаточне рішення, можуть тлумачити і так, що для отримання результатів ОВД від замовника потрібно, щоб Кабінет Міністрів України чи Мінприроди затвердили спеціальний порядок передачі результатів ОВД. Якщо цього порядку не буде затверджено, органи, уповноважені приймати остаточне рішення, можуть відмовляти у прийнятті остаточного рішення. Для того, аби не створювати приводів для такої ситуації, варто слова *«у порядку, встановленому законодавством для відповідних рішень»* виключити з тексту частини першої статті 11 Проекту.

Також Проект істотно покращився б, якби обов'язок замовника подавати результати ОВД органів, що приймає остаточне рішення, було ліквідовано; натомість варто зобов'язати орган, що проводить процедуру ОВД, оприлюднювати всі документи, що стосуються процедури ОВД, на своєму веб-сайті в мережі Інтернет. Такий порядок, з одного боку, дозволить органів, що



приймає остаточне рішення, ознайомитися з усіма документами, що стосуються процедури ОВД, а з іншого – дозволить уникнути ризику виникнення проблем, пов'язаних з затримкою уповноваженими органами у видачі звіту про громадське обговорення чи рішення про ОВД.

Частина друга статті 11 Проекту зобов'язує орган, що приймає остаточне рішення, врахувати під час його прийняття висновки, що містяться у рішенні про ОВД; інформацію, що міститься у звіті з ОВД; інформацію, що міститься у звіті про громадське обговорення; а також відтворити у тексті остаточного рішення екологічні умови, визначені рішенням про ОВД. Про недоцільність встановлення процедури, за якої у тексті остаточного рішення будуть відтворюватися висновки рішення про ОВД, уже йшла мова у цій статті. Зупинимося на обов'язкові враховувати наведену вище інформацію та висновки.

Обов'язок враховувати не лише результати ОВД, перелічені у частині першій статті 11 Проекту, а будь-яку інформацію, що стала відомою чи повинна бути відомою уповноваженому органу, закріплено у пункті третьому частини третьої статті 2 КАС.

Повернемося до положень частини другої статті 11 Проекту. Зазначена частина зобов'язує орган, уповноважений приймати остаточне рішення, враховувати лише інформацію, що міститься в рішенні про ОВД, звіті з ОВД та звіті про громадські обговорення. У питанні про те, а чи повинен орган, уповноважений приймати остаточне рішення, враховувати інформацію, що міститься в інших джерелах, частина друга статті 11 Проекту дозволяє принаймні два тлумачення.

Згідно з першим тлумаченням, частина друга статті 11 Проекту як спеціальна норма, зобов'язуючи враховувати інформацію, що міститься у перерахованих нею джерелах, не регламентує діяльність уповноваженого органа щодо іншої інформації. Обов'язок органа, що приймає остаточне рішення, враховувати таку інформацію походить з пункту третього частини третьої статті 2 КАС, яка діє, бо спеціальна норма не регламентує поведінку з цією інформацією. Якщо навіть і сприйняти таке тлумачення, то неможливо пояснити, для чого виділяти інформацію, що міститься у джерелах, передбачених частиною другою статті 11 Проекту з поміж іншої інформації, не встановлюючи при цьому жодних особливостей її врахування. Спеціальна норма потрібна там і тільки там, де загальна норма не може бути ефективною. Виділяти інформацію з трьох джерел і просто дублювати щодо цих трьох джерел положення загальної норми є недоцільним, адже при цьому не виникає нової норми, натомість

створюються умови для подвійного тлумачення правового режиму решти інформації, не згаданої у спеціальній нормі (частині другій статті 11 Проекту).

За другим тлумачення частина друга статті 11 Проекту встановлює вичерпний перелік джерел, інформація з яких підлягає врахування під час прийняття остаточного рішення. У випадку сприйняття такого тлумачення виникне колізія між частиною другою статті 11 Проекту та пунктом третім частини третьої статті 2 КАС, бо ж остання зобов'язує уповноваженого органа враховувати всю інформацію, що має значення для прийняття рішення.

На наш погляд подвійне тлумачення буде усунуто, якщо частина друга буде просто виключена з Проекту. У такому випадкові положення пункту третього частини третьої статті 2 КАС буде поширюватися на всю інформацію, незалежно від джерел, а отже, її всю повинен бути враховувати орган, що прийматиме остаточне рішення. У разі виключення частини другої статті 11 Проекту не зазнає шкоди і порядок врахування інформації з джерел, перерахованих цією частиною, адже, було зазначено вище, ця частина не встановлює жодних особливостей правового регулювання врахування цієї інформацію порівняно з вимогами пункту третього частини третьої статті 2 КАС.

Поширення обов'язку враховувати всю інформацію, що має значення для прийняття остаточного рішення, який передбачений пунктом третім частини третьої статті 2 КАС, зробить непотрібним перелік результатів ОВД, визначений у другому реченні частини першої статті 11 Проекту.

### ***Санкції та відповідальність у Проекті***

Стаття 12 Проекту регламентує процедуру оскарження в суді остаточного рішення та інших рішень, дій чи бездіяльності у процесі ОВД. Особливістю правового регулювання оскарження зазначених рішень та дій чи бездіяльності є надання такої можливості будь-якій фізичній чи юридичній особі. Наведемо текст частини першої статті 12 Проекту повністю: *«остаточне рішення, Рішення з оцінки впливу на довкілля, інші рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади у процесі проведення оцінки впливу на довкілля можуть бути оскаржені будь-якою фізичною чи юридичною особою в судовому порядку з підстав порушення норм матеріального права та (або) встановленої законом процедури її проведення, зокрема, з підстав неврахування чи неналежного врахування результатів участі громадськості»*.

Не можна не помітити, що у цій статті зроблено спробу відступити від принципу процесуальної заінтересованості. Останній полягає у тому, що право

звернутися до суду має лише особа, права чи охоронювані законом інтереси якої порушено. Цей принцип покликаний протистояти різним видам зловживання позовом. В юридичній літературі різновидами таких зловживань називають: сутяжництво та незначні позови, симулятивні (позірні) процеси, позови з метою отримання невинуватих вигід, позови з метою заподіяти шкоду [5 с. 123-146] тощо [35 с. 684, 39 с. 173–174].

Принцип процесуальної заінтересованості також попереджує використання судової системи для розгляду малозначних справ. Утримання судової системи є вартісним для суспільства, отже доцільно, щоб ця система вирішувала лише справи, що є важливими для членів суспільства.

Для правильної оцінки норми частини першої статті 12 Проекту необхідно підкреслити, що вся процедура ОВД є процедурою реалізації права власності і права на екологічну безпеку. Будь-яка особа, право власності, право на екологічну безпеку або будь-які інші права якої можуть зазнати впливу від реалізації планованої діяльності, належить до заінтересованої громадськості і їй повинні бути створені умови для участі у процедурі ОВД. Якщо уповноважений орган не створив представникам заінтересованої громадськості належних умов для участі у процедурі ОВД, не врахував коментарі заінтересованої громадськості, або вчинив інші дії чи бездіяльність, що істотно позначилися на ефективності участі заінтересованої громадськості у процедурі ОВД, у всіх цих випадках право на участь у процедурі ОВД, як і право власності та право на екологічну безпеку, будуть порушеними. Порушення прав представників заінтересованої громадськості дає їм право звернутися до суду і принцип процесуальної заінтересованості не може слугувати перешкодою для звернення до суду з позовом. Тож немає жодної рації у тому, аби надавати право кожній особі, навіть тій, права якої не можуть зазнати впливу від планованої діяльності, звертатися до суду для скасування остаточного рішення з мотивів порушення процедури ОВД. Не вносячи нічого позитивного до правового регулювання процедури ОВД, такий порядок будуть охоче використовувати недобросовісні особи, що послуговуються природоохоронними гаслами для отримання неправомірних вигід від замовників планованої діяльності.

Приводом для запропонованої норми, що міститься у частині першій статті 12 Проекту, послужило положення частини третьої статті 9 Організаційної конвенції, яка вимагає від її сторін створити процедуру, яка дозволяла б представникам громадськості оскаржувати порушення правових норм у сфері охорони довкілля, навіть якщо права та охоронювані законом інтереси громадськості не порушено. Цей специфічний порядок оскарження рішень, дій

чи бездіяльності органів влади, не має жодного стосунку про процедури ОВД та права представників громадськості на участь у прийнятті еколого-значимих рішень. Такий висновок безпосередньо впливає із самої Оргуської конвенції. Зокрема, пункт «b» частини другої статті 9 Оргуської конвенції зобов'язує сторони забезпечити, *«... щоб відповідні представники зацікавленої громадськості, ... які вважають, що мало місце порушення того чи іншого права ... мали доступ до процедури перегляду прийнятих рішень в суді ... з метою оскарження законності будь-якого рішення, дії або бездіяльності з правового та процесуального погляду за умови дотримання положень Статті 6, а також інших відповідних положень цієї Конвенції ...»*. Стаття 6 Оргуської конвенції присвячена праву на участь у прийнятті еколого-значимих рішень. Слова *«за умови дотримання положень Статті 6»* означають, що право на позов відповідно до пункту «b» частини другої статті 9 Оргуської конвенції має та особа, яка використала можливості, створені статтею 6 Оргуської конвенції, тобто та особа, що взяла участь у процедурі участі громадськості у прийнятті екологічно-значимих рішень, однак її право на участь у прийнятті таких рішень було порушено в результаті протиправних дій чи бездіяльності інших суб'єктів. Якщо ж особа не взяла участь у процедурі участі у процесі прийняття екологічно-значимих рішень за умови створення їй належних можливостей, вона не має права посилаючись на це порушення права на участь у прийнятті екологічно-значимих рішень як на підставу звернення до суду.

Прикметно, що частина третя статті 9 Оргуської конвенції, що зобов'язує сторони створювати особливий порядок для громадськості оскарження протиправних дій органів влади та суб'єктів господарювання, зобов'язує створювати цей порядок *«крім процедур перегляду, передбачених вище пунктами 1 і 2 ...»*. Ці слова частини третьої статті 9 Оргуської конвенції свідчать про те, що процедури оскарження дій чи бездіяльності органів влади та суб'єктів господарювання, що передбачена частиною третьою статті 9 Оргуської конвенції, не мають жодного стосунку до порушення права на участь у прийнятті еколого-значимих рішень, тобто у контексті нашого дослідження до порушення прав громадськості у межах процедури ОВД.

Виходячи з того, що процедура оскарження, передбачена частиною третьою статті 9 Оргуської конвенції, не стосується процедури ОВД, питання про порядок такого оскарження виходить за межі предмета дослідження цієї статті і розглядатися тут не буде.

Не маючи жодного стосунку до процедури ОВД, положення частини першої статті 12 Проекту слід виключити з проекту. Запропонована редакція

частини першої та частини другої статті 12 Проекту дозволить недобросовісній громадськості використовувати будь-які дрібні і незначні порушення порядку проведення ОВД для оскарження остаточного рішення. Все це буде зумовлювати його нестабільність, що завдаватиме істотної шкоди економічній діяльності суб'єктів господарювання без будь-якої користі для охорони довкілля.

Однією з найбільш недосконалих є частина перша стаття 15 Проекту, що присвячена відповідальності за порушення вимог законодавства у царині ОВД. Власне, частина перша стаття 15 Проекту наслідує практику законотворення, що вже стала традиційною в Україні, коли у одній з останніх статей закону вміщують перелік (вичерпний чи невичерпний) різновидів правопорушень у відповідній сфері, за вчинення яких наставатиме відповідальність. Від такого способу формулювання тексту нормативно-правових актів застерігав А.М. Мірошніченко [32 с. 104], звертаючи увагу на те, що таким чином сформульований текст статті не містить, власне, норми, адже для встановлення того, яка відповідальність настає за вчинення перерахованого у частині першій статті 15 Проекту правопорушення, потрібно звертатися до КУпАП чи до КК, або ж до окремих законів, що закріплюють адміністративно-господарські санкції [вільне тлумачення – 32 с. 104], сама ж по собі частина першої статті 15 Проекту нікого ні до чого не зобов'язує і жодних додаткових правил не встановлює. Вже сам по собі цей факт свідчить про зайвість положення частини першої статті 15 Проекту.

Ще менш потрібною, ніж частина перша статті 15 Проекту, є її частина друга. Остання містить констатацію того, що *«особи, винні в порушенні законодавства про оцінку впливу на довкілля, притягаються відповідно до дисциплінарної, адміністративної, цивільної чи кримінальної відповідальності»*. Як і частина перша статті 15 Проекту, ця частина не містить жодного положення, що породжувало б права та обов'язки будь-кого. Обов'язки, що впливають з КУпАП, КК, ЦК, Кодексу законів про працю України від 10.12.1971 № 322-VIII [25] (далі - КЗпП), будуть діяти і без частини другої статті 15 Проекту. З іншого боку, з набранням чинності частиною другою статті 15 Проекту нічого не зміниться. Зазначені вище акти і далі будуть визначати випадки і порядок притягнення до відповідальності за правопорушення у сфері ОВД.

Попри свою цілковиту непотрібність, стаття 15 Проекту містить положення, що суперечать Конституції України. Наприклад, частина перша цієї статті після переліку правопорушень у сфері ОВД містить наступне положення:

*«законодавством України може бути встановлено відповідальність і за інші правопорушення в сфері оцінки впливу на довкілля».* Термін «законодавство» визначають як систему нормативних актів, якими регулюються суспільні відносини [47]. За правилом частини першої статті 15 Проекту законодавство може встановлювати «відповідальність» і за інші правопорушення. Слово «відповідальність» у цій частині вжито без жодних предикатів чи вказівок на її вид, що означає, що законодавством може бути встановлений будь-який вид відповідальності і за інші правопорушення. Нагадаємо, що згідно з пунктом 22 частини першої статті 92 Конституції України *«виключно законами України визначаються засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них».* Отже, всупереч положенням частини першої статті 15 Проекту, підзаконними актами не можуть визначатися правопорушення, за вчинення яких буде наставати адміністративна та кримінальна відповідальність.

Цивільна відповідальність не потребує формулювання якогось переліку правопорушень, вчинення яких даватиме право притягати порушника до цього виду відповідальності. Порушення умов договору є підставою для договірної відповідальності (частина перша статті 611 ЦК), а позадоговірна деліктна відповідальність настає за умови протиправного (а у випадках прямо передбачених законом – і правомірного) завдання шкоди (частина перша статті 1166 ЦК), що зумовлене винним діяннями правопорушника, за винятком випадків, коли деліктна відповідальність настає незалежно від вини.

Подібним є порядок притягнення і до дисциплінарної відповідальності. За порушення трудової дисципліни до працівника може бути застосовано тільки один з таких заходів стягнення: 1) догана; 2) звільнення (частина перша статті 147 КЗпП). Отже, за загальним правилом для встановлення порядку притягнення особи до дисциплінарної відповідальності непотрібен перелік правопорушень, за вчинення яких наставав би цей різновид відповідальності. Перелік правопорушень наведено у випадку, коли законодавець встановлює підстави для застосування окремих видів дисциплінарних стягнень. Наприклад, низку правопорушень, що за загальним правилом дають підстави розірвати трудовий договір, наведено у статті 40 КЗпП.

Отже, правило, зафіксоване у другому реченні частини першої статті 15 Проекту, у частині адміністративної та кримінальної відповідальності є неконституційним, а у частині дисциплінарної та цивільної відповідальності – непотрібним. Тому воно має бути виключено з тексту Проекту, разом з усією його статтею 15.

Наступною групою норм Проекту, на аналізові якого конче потрібно зупинитися, є норми, присвячені адміністративно-господарським санкціям у вигляді зупинення чи припинення діяльності. Цим питанням присвячена стаття 16 Проекту, до аналізу якої ми наразі перейдемо.

Насамперед вникає питання про доцільність регулювання обмеження, зупинення чи припинення діяльності суб'єктів господарювання у законі, присвяченому ОВД. Проект розроблено в умовах досить докладного правового регулювання аналізованих санкцій, що свідчить про нагальну необхідність врахувати ці положення. Залишення поза увагою загальних норм, що регулюють порядок застосування обмеження, зупинення та припинення діяльності суб'єктів господарювання, призведе до того, що одні й ті самі суспільні відносини будуть регулюватися кількома нормативно-правовими актами. А.М. Мірошніченко, слушно критикуючи такий спосіб законотворення, зазначає: *«Нові акти нерідко переповнені положеннями, що дослівно або майже дослівно відтворюють положення вже діючих. У кращому випадку, у норм первісного акту в новому акті з'являються норми – «близнята», або навіть норми «клони». Але буває, що серед таких «клонів» часто ховаються «мутанти» - випадкові викривлення чи відступи від «первісного» тексту. У таких випадках виникають правові колізії, іноді – достатньо серйозні»* [31 с. 91]. Таким «клоном» чи «близнюком» статей 246 та 247 ГК і є стаття 16 Проекту. Положення статей 256 та 247 ГК мають своєрідну загальну частину. Елементами цієї частини є, наприклад, положення частини другої статі 218 ГК, що дозволяє застосовувати ці санкції лише за умови вини порушника, якою вважається невжиття всіх заходів, яких порушник повинен був і міг вжити для відвернення правопорушення. Стаття 16 Проекту зберігає повне мовчання щодо того, чи правило частини другої статі 218 ГК застосовується до передбаченої у ній санкцій. Якби таке мовчання стаття 16 Проекту зберігала, перебуваючи при цьому у ГК, то можна було б зробити висновок, що якщо немає спеціальних правил у спеціальній статті, застосовується загальна. І навпаки, якщо б законодавець вважав би за необхідне «блокувати» окремі, непридатні для регулювання спеціальних відносин, загальні правила, то він міг би це зробити за допомогою спеціальної норми. Однак, як розуміти мовчання статті 16 Проекту, що не вміщена до ГК? Його можна тлумачити у два способи: 1) як заперечення поширення положень глави 24 «Загальні засади відповідальності учасників господарських відносин» та статті 238 «Застосування адміністративно-господарських санкцій до суб'єктів господарювання» до

санкцій, передбачених цією статтею; 2) положення глави 24 та статті 238 ГК застосовуються тією мірою, якою вони не змінені статтею 16 Проекту.

На наш погляд, для того, щоб не створювати підстав для різних тлумачень одного і того ж положення, потрібно регламентувати застосування таких санкцій як: зупинення, обмеження чи припинення діяльності суб'єктів господарювання нормами ГК без додаткових положень, що стосуються цих санкцій у Проекті. Якщо особливості ОВД свідчать про необхідність зміни порядку застосування зазначених вище санкцій, то це можна зробити шляхом внесення відповідних змін до ГК. Зупинимось тепер на питанні про те, чи є такі особливості ОВД, що зумовлюють необхідність змін до порядку застосування зазначених вище санкцій в ГК.

Стаття 16 Проекту містить положення, яких немає у ГК. Перше речення частини першої статті 16 Проекту не містить жодного нового правила, у порівнянні з вимогами ГК. Зокрема, частина перша статті 238 ГК містить правило, згідно з яким *«за порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності до суб'єктів господарювання можуть бути застосовані уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування адміністративно-господарські санкції, тобто заходи організаційно-правового або майнового характеру, спрямовані на припинення правопорушення суб'єкта господарювання та ліквідацію його наслідків»*. Різновидом таких санкцій є обмеження, зупинення (стаття 246 ГК) та припинення діяльності суб'єкта господарювання (247 ГК).

Положенням, якого немає у ГК, є друге речення частини першої статті 16 Проекту, згідно з яким *«при тимчасовій забороні (зупиненні) чи припиненні діяльності підприємств забороняються всі викиди і скиди забруднюючих речовин та розміщення відходів по підприємствах в цілому чи окремих їх цехах (дільницях) і одиницях обладнання»*. На наш погляд, жодної потреби у цьому положенні немає. Заходи, які повинні бути вжити і термін, до якого вони повинні бути вжитими, або день, з якого має бути припинено експлуатацію тих чи інших споруд, буде визначатися безпосередньо рішенням, яким буде застосовано такої санкції. Причому конкретні терміни виконання тих чи інших заходів чи інші правила, що будуть міститися у цих рішеннях, будуть диктуватися конкретною ситуацією, реагувати на яку повинен державний інспектор, видаючи рішення або звертаючись з позовом до суду. При цьому рішення державного екологічного інспектора про обмеження діяльності підприємства або рішення суду повинно відповідати вимогам обґрунтованості, пропорційності (частина третя статті 2 КАС).



Частина друга статті 16 Проекту, на жаль, встановлює положення, що прямо суперечить вже чинним законам. Зокрема, згідно з цією частиною порядок обмеження, тимчасової заборони (зупинення) чи припинення діяльності суб'єктів господарювання затверджує Кабінет Міністрів України. Варто у зв'язку з цим нагадати, що відповідно до першого речення частини п'ятої статті 4 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 05.04.2007 № 877-V [21] «виробництво (виготовлення) або реалізація продукції, виконання робіт, надання послуг суб'єктами господарювання можуть бути призупинені виключно за рішенням суду». Власне, вся діяльність суб'єктів господарювання полягає у виробництві (виготовленні) або реалізації продукції, виконанні робіт чи наданні послуг, тому тимчасова заборона (зупинення) діяльності суб'єктів господарювання може бути застосована лише судом. Порядок прийняття судом таких рішень встановлено 183-2 КАС, яка встановлює і регламентує скорочене провадження для розгляду окремих справ. До переліку справ, до яких застосовується скорочене провадження, частина перша статті 183-2 КАС відносить також і «припинення за зверненням суб'єкта владних повноважень юридичних осіб чи підприємницької діяльності фізичних осіб-підприємців у випадках, передбачених законом, чи відміни державної реєстрації припинення юридичних осіб або підприємницької діяльності фізичних осіб-підприємців» (пункт 3) та «застосування у випадках, передбачених законом, заходів реагування щодо державного нагляду (контролю), ... якщо вони можуть бути застосовані виключно за судовим рішенням» (пункт 5). Отже, порядок застосування припинення та тимчасової заборони (зупинення) діяльності суб'єкта господарювання вже врегульовано статтею 183-2 КАС і відповідно постановою Кабінету Міністрів України встановлюватися не може. Натомість, як було показано вище, частина друга статті 16 Проекту встановлює прямо протилежне рішення, при цьому стаття 17 «Прикінцеві та перехідні положення» не передбачають жодних змін ні до Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», ні до КАС, наслідком чого буде колізія. Яким чином ця колізія буде вирішена на практиці, залишається невідомим.

Як було показано вище, лише суд має право застосовувати такі санкції як припинення та тимчасова заборона (зупинення) діяльності суб'єктів господарювання. Під цим оглядом статті 183-2 КАС та частині п'ятій статті 4 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» буде суперечити і частина четверта статті 16 Проекту,

яка надає право приймати рішення про тимчасову заборону (зупинення) діяльності суб'єктів господарювання органу «виконавчої влади, що реалізує державну політику із здійснення державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення і охорони природних ресурсів» та його органам на місцях.

Частина п'ята статті 16 Проекту, що регламентує припинення діяльності підприємств у разі порушення законодавства про ОВД, є, за словами А.М. Мірошніченка, «близнюком» або «клоном» положень статті 183-2 КАС та частини п'ятої статті 4 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», тому жодної потреби у її перебуванні у Проекті немає.

Недоцільним є, на наш погляд, і зміна судового порядку застосування припинення та тимчасової заборони (зупинення) діяльності суб'єктів господарювання та заміна його правом Державної екологічної інспекції України та її органів на місця застосовувати ці санкції. Обмеження чи припинення діяльності – це дуже обтяжливі санкції, здатні заподіяти істотної шкоди підприємству. З метою встановити гарантії прав підприємств і було встановлено судовий порядок застосування цих санкцій. Скорочений же порядок розгляду таких справ забезпечуватиме їх оперативність. Вжити ж невідкладних заходів державний екологічний інспектор може за допомогою обмеження діяльності підприємства, адже така санкція, згідно з частиною першою статті 183-2 КАС, застосовується у позасудовому порядку. Тому видаються незрозумілими мотиви відмови від судового порядку застосування припинення та тимчасової заборони (зупинення) діяльності підприємств у разі, якщо останні припустилися порушень вимог законодавства, які стосуються ОВД.

Треба думати, що саме з метою виконання вимоги абзацу п'ятого частини четвертої статті 4 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», який вимагає, щоб виключно законом було встановлено «вичерпний перелік підстав для зупинення господарської діяльності», частина друга статті 16 Проекту закріплює вичерпний перелік таких підстав. Такими підставами є:

*«1) здійснення планованої діяльності, яка може мати вплив на довкілля та підлягає оцінці впливу на довкілля, без проведення такої оцінки та отримання позитивного остаточного рішення – до проведення такої оцінки та отримання позитивного остаточного рішення;*

*2) недотримання під час здійснення господарської діяльності, введення в експлуатацію об'єктів, інших втручань у природне середовище і ландшафти,*

*включно з видобуванням корисних копалин, екологічних умов і заходів, передбачених у Рішенні з ОВД, остаточному рішенні та проектах будівництва, розширення, реконструкції, перепрофілювання, технічного переоснащення, ліквідації об'єктів або матеріалах перегляду чи поновлення умов ведення діяльності, які вимагають прийняття органом державної влади рішення або надання дозволу щодо їх здійснення – до моменту забезпечення виконання таких екологічних умов і виконання заходів».*

Діяння, що визначені наведеними вище пунктами, є різновидами порушень правил ведення господарської діяльності, вчинення яких дає право уповноваженим органам застосовувати адміністративно-господарські санкції (в тому числі обмеження, тимчасову заборону (зупинення) діяльності суб'єктів господарювання) (частина перша статті 238 ГК). Отже, є підстави вважати, що пункти перший та другий частини другої статті 16 Проекту лише у редакційно іншій формі повторюють положення частин першої статті 238 ГК, з огляду на що їх варто виключити з Проекту.

Частина третя статті 16 Проекту встановлює підстави для припинення діяльності підприємств, у разі, якщо вони порушують законодавство, присвячене ОВД. Норма цієї частини є також результатом фрагментації чинного законодавства. Одним із проявів фрагментації є закріплення замість однієї загальної норми про припинення діяльності суб'єктів господарювання у спеціальних законах низки норм про припинення діяльності суб'єктів господарювання за порушення вимог чинного законодавства у певній сфері. При цьому ці сфери іноді перетинаються, що створює умови для колізій. Прикладом останнього може слугувати колізія між статтею 16 Проекту та статтею 57 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища». Така колізія полягає у тому, згідно з частиною четвертою статті 57 цього закону діяльність, наприклад, пов'язана з використанням нової техніки припиняється «у разі порушення встановлених вимог». Цілком можливо, що такою новою технікою буде споруда, щодо якої потрібно проводити процедуру ОВД. У такому випадкові і матимемо колізію у правовому регулюванні припинення такої діяльності, адже за статтею 57 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» для припинення такої діяльності достатньо лише порушення вимог, одночасно частина третя статті 16 Проекту дозволяє припинити таку діяльність лише за умови систематичного порушення у сфері оцінки впливу на довкілля, що не можуть бути усунуті з технічних, економічних чи інших причин.

На наш погляд, потрібно надати право уповноваженим органам тимчасово забороняти (зупиняти) діяльність суб'єктів господарювання до виправлення всіх вад, що створюють небезпеку для здоров'я людини чи негативно впливають на довкілля. За умови такого права в уповноваженого органа така санкція, як припинення діяльності підприємства втрачає будь-який сенс, адже припинення діяльності суб'єкта господарювання, який і так не має права здійснювати діяльність до усунення порушень, не виправдовується жодним екологічним інтересом. Завдання державного екологічного інспектора – домогтися зупинення діяльності, що небезпечно впливає чи може впливати на здоров'я людини чи на довкілля. Питання ж про те, чи можливо з технічних чи економічних причин усунути це порушення, чи доцільніше просто припинити здійснювати відповідну діяльність – це право та відповідальність суб'єкта господарювання. При цьому судові рішення про зупинення діяльності суб'єкта господарювання не дозволятиме здійснювати діяльність, доки не будуть усунені відповідні порушення.

### ***Основні висновки***

На завершення цієї статті, звернемо увагу на основних висновках.

1. У проекті закріплено дуже багато норм, що вже впливають з уже чинних актів. Спроба вирішити проблему неналежного застосування нормативно-правових актів шляхом повторення їх положень у нових актах є хибною і призведе лише до втрати часу та ресурсів без будь-якого покращення такої практики.

2. Проект містить надто докладні процедури, що, з одного боку, стримуватиме розвиток нової позитивної практики проведення процедури ОВД, а з іншого – надмірна докладність регулювання процедур послаблює стабільність остаточного рішення.

3. Неприйнятним є в сучасних умовах вводити новий документ дозвільного характеру, що призводить до роздвоєння функцій остаточного рішення між рішенням про ОВД та документом, що дозволяє здійснювати плановану діяльність.

### **Список використаних джерел:**

1. Decision I/3 Point of Contacts (MP.EIA/1998/3/) dated 30.03.1998 // [Electronic resource]. – Access regime. - <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/1998/eia/decision.I.3.e.pdf>.

2. Finding and Recommendations of Aarhus Convention's Compliance Committee With Regard to Compliance by Ukraine with the Obligations under the Aarhus Convention in the Case of Bystre Deep-Water Navigation Canal Construction (submission ACCC/S/2004/01 by Romania and communication ACCC/C/2004/03 by Ecopravo-Lviv (Ukraine)) Adopted by the Aarhus Convention's Compliance Committee on 18 February 2005 (ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add.3) // [Electronic resource]. – Access regime - <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2005/pp/c.1/ece.mp.pp.c1.2005.2.Add.3.e.pdf>

3. Official Journal. - L 175, 5.7.1985, p. 40. На сьогодні ця директива замінена Директивою 2011/92/ЄС від 13.12.2011 про оцінку наслідків деяких публічних та приватних проектів на довкілля // Official Journal. - L 26, 28.1.2012, p. 1.

4. Official Journal. - L 26, 28.1.2012, p. 1–21.

5. Аболонин В.О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии: монография – М.: Волтерс Клувер, 2009, - 208 с.

6. Аналіз проекту Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» № 2009а. Аналітична записка. – Львів: Ресурсно-аналітичний центр «Суспільство і довкілля», 2015. – 15 с.

7. Андрейцев В.И. Теоретические проблемы правового обеспечения эффективности экологической экспертизы: дис. ... доктора. юрид. наук: 12.00.06 / Андрейцев В.И. – Харьков, 2000. – 475 с.

8. Андрусевич А.О. Жити по-європейськи: оцінка впливу на довкілля та якість життя / А.О. Андрусевич // Дзеркало неділі за 20 червня 2014 [Електронний ресурс]. – режим доступу. - <http://gazeta.dt.ua/ECOLOGY/zhiti-ro-u-evropeyski-ocinka-vplivu-na-dovkillya-ta-yakist-zhittya-.html>.

9. Андрусевич А.О. Оцінка впливу на довкілля в Україні: вирішення проблеми по-європейськи. – РАЦ «Суспільство і довкілля». – 2011. – 18 с.

10. Бендукидзе К. Украина должна победить в двух войнах // [Електронний ресурс]. – Режим доступу. - <http://snob.ru/selected/entry/83853>

11. Буракова Лариса Чому Грузії вдалося? / Пер. з рос. – К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2014. – 264 с.

12. Відомості Верховної Ради України. – 1991. - № 47. – Ст. 646.

13. Відомості Верховної Ради України. - 1992. - № 48. – Ст. 650.

14. Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 8. – Ст. 54.

15. Відомості Верховної Ради України. – 1996. - № 47 – Ст. 256.

16. Відомості Верховної Ради України. – 1996. - № 47. – Ст. 256.

17. Відомості Верховної Ради України. – 2001. - № 25 – Ст. 131.

18. Відомості Верховної Ради України. - 2003. - № 40. – Ст. 356.
19. Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35. – Ст. 446.
20. Відомості Верховної Ради України. – 2007. - № 29 – Ст. 389.
21. Відомості Верховної Ради України. – 2007. - № 29. – Ст. 389.
22. Відомості Верховної Ради України. – 2011- № 34. – Ст. 343.
23. Відомості Верховної Ради України. - 2011. - № 32. – Ст. 314.
24. Відомості Верховної Ради України. – 2011. - № 32. – Ст. 314.
25. Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – додаток до № 50. – Ст. 375.
26. Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. - № 51.
27. Загальне адміністративне право: підручник / [Гриценко І.С., Мельник Р.С., Пухтецька А.А. та інші]; за заг. ред. І.С. Гриценка. – К.: Юрінком Інтер, 2015. – 568 с.
28. Калиновський С.В. Оцінка впливу і екологічна експертиза – сьогодні і завтра / Калиновський С.В. // Рідна природа. – 2000. - № 1. – С. 16 – 24.
29. Конвенція про оцінку впливу на довкілля у транскордонному контексті, прийнята 25.02.1991, ратифікована Законом України від 19.03.1999 № 534-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 18. – Ст. 153.
30. Матвійчук В.К. Науково-практичний коментар до Кодексу адміністративного судочинства України. В 2-х тт. Вид. 2-ге змін. та доп. / Матвійчук В.К., Хар І.О. – За заг. ред. Матвійчука В.К. – К.: Алерта, КНТ, 2008. – Т.1. – К., 2008. – 787 с.
31. Мірошніченко А.М. Колізії в правовому регулюванні земельних відносин в Україні: Монографія / А.М. Мірошніченко. - К.: Алерта: КНТ: ЦУЛ, 2009. - 268 с.
32. Мірошніченко А. Структура закону з точки зору «вимог нормопроектної техніки» (на прикладі законів – джерел земельного права) // Юридична Україна. – 2008. - №12. – С. 101-105.
33. Мірошніченко А.М. Критерії допустимості вміщення «словничків» у законодавчих актах // Тези доповіді на Міжнародному науково-практичному круглому столі «Мовно-термінологічні проблеми сучасного українського законодавства» у рамках щорічної Міжнародної науково-практичної конференції «Дні науки НаУКМА». – Київ, 30 листопада 2011 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу. - <http://www.amm.org.ua/2011-06-24-09-14-06>.
34. Офіційний вісник України. – 2010. - № 33. – Ст. 1191.
35. Перекрестная О.О. Зловживання правом на позов в господарському процесі / Перекрестная О.О. // Вісник Донецького національного

університету. – Серія «Економіка і право». – 2010. – Вип. 2. – Т. 2. – С. 683 – 689.

36. Проект Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» зареєстрованим 03.06.2015 року за № 2009а // [Електронний ресурс]. – Режим доступу. - [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=55438](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55438).

37. Сейдман Е. Розробка законопроектів для демократичних соціальних змін. – переклад з англ. / Е. Сейдман, Р.Б. Сейдман, Н. Абеєсекере. – К.: Сфера, 2006. – 448 с.

38. Смітюх А.В. Добросовісність та зловживання правами у господарському процесі / Смітюх А.В. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу. - <http://dspace.onu.edu.ua:8080/bitstream/123456789/5321/1/171-177.pdf>.

39. Смітюх А.В. Добросовісність та зловживання правами у господарському процесі / Смітюх А.В. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу. - <http://dspace.onu.edu.ua:8080/bitstream/123456789/5321/1/171-177.pdf>.

40. Урядовий кур'єр. - № 213. – від 14.11.2007.

41. Урядовий кур'єр. - № 52. – від 23.03.2011.

42. Урядовий кур'єр. – 2011. - № 142 від 05.08.2011.

43. Урядовий кур'єр. – 2011. - № 85 від 13/05/2011.

44. Урядовий кур'єр. – 2011. - № 85 від 13/05/2011.

45. Ухвала Вищого адміністративного суду України від 26.01.2011. – Справа № К-23001/10 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу. - <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15745856>.

46. Фурлей Т. Розробка проектів нормативно-правових актів відповідно до методики вирішення проблем / Т. Фурлей, Л.Лукас, Л. Сайц. – К., ФОП Москаленко О. М., 2012. – 180 с.

47. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: «Укр. енцикл.», 1998. – Том 2. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу. - <http://leksika.com.ua/18421014/legal/zakonodavstvo>.

*Останнім часом здійснено кілька спроб реформувати систему оцінки впливу на довкілля. Будучи інтегрованою у процес проектування промислових об'єктів, ця процедура спричиняє істотний вплив на господарську діяльність. Поряд з цим, завдання забезпечити економічне зростання в умовах війни проти України є, без перебільшень, питанням її виживання. Ця обставина ставить*

складне завдання перед законодавцем – створити таку систему оцінки впливу на довкілля, яка б одночасно з виконанням всіх завдань цієї процедури якомога менше негативно впливала на економічний розвиток України. Зусилля експертів та депутатів Верховної Ради України у площині реформування процедури оцінки впливу на довкілля втілено у проект закону України «Про оцінку впливу на довкілля». У цій статті автор здійснив аналіз положень цього проекту, викриваючи його вади та пропонуючи шляхи вдосконалення його положень. Висновки, що містяться у статті, мають значення не лише для вдосконалення положень зазначеного проекту, а й слугуватимуть теоретичним підґрунтям для майбутніх законодавчих кроків у царині реформування процедури оцінки впливу на довкілля.

**Ключові слова:** оцінка впливу на довкілля; нормопроектувальна техніка; реформування процедури оцінки впливу на довкілля; процедура проектування промислових об'єктів

В последнее время было осуществлено несколько попыток реформировать систему оценки влияния на окружающую среду. Будучи интегрированной в процесс проектирования промышленных объектов, эта процедура оказывает существенное влияние на хозяйственную деятельность. Наряду с этим, цель обеспечения экономического роста, в условиях войны против Украины, является, без преувеличения, вопросом ее выживания Украины. Это обстоятельство ставит сложную задачу для законодателя – создать такую систему оценки влияния на окружающую среду, которая одновременно с выполнением всех задач этой процедуры, оказывала как можно меньше негативного влияния на экономический рост Украины. Усилия экспертов и депутатов Верховной Рады Украины в сфере реформирования процедуры оценки влияния на окружающую среду воплощены в проекте закона Украины «Об оценке влияния на окружающую среду». В этой статье автор проанализировал положения этого проекта, выявил его недостатки и предложил пути усовершенствования его положений. Выводы, содержащиеся в статье, имеют значение не только для усовершенствования положений этого проекта, но и послужат теоретической базой для будущих законодательных шагов в сфере реформирования процедуры оценки влияния на окружающую среду.

**Ключевые слова:** оценка влияния на окружающую среду; нормопроектная техника; реформирование процедуры оценки влияния на окружающую среду; процедура проектирования промышленных объектов



*Several attempts to reform the environmental impact assessment procedure were made recently. Being integrated into the designing process of industrial installations, this procedure causes essential impact on business activity. Alongside it, the task of ensuring the economic growth of Ukraine is, without any exaggeration, the issue of Ukraine's survival under the condition of war against Ukraine. This raises the difficult task for the legislator – to create the environmental impact assessment procedure that simultaneously would be able to fulfill all tasks of such procedure and to cause less negative impact on the economic growth of Ukraine. The efforts of experts and members of the Verkhovna Rada of Ukraine in area of environmental impact assessment procedure reform are embodied in the draft law of Ukraine “On Environmental Impact Assessment”. In this article the author has done the analysis of the draft law provisions. The conclusions the article contains are important not only for the development of the draft law provisions but they could also fulfill the tasks of being the theoretical background for future legislative steps in the field of the environmental impact assessment reform.*

**Key words:** *environmental impact assessment; rule-making; environmental impact assessment procedure reform; designing process of industrial installations*

## СВОБОДА РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ ЗЕМЛІ: АНАЛІЗ ЗАКОНОДАВСТВА ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

**Шевченко Віталій Валерійович**

*здобувач*

*кафедри земельного та аграрного права*

*юридичного факультету*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*



Динаміка договірних відносин, різні життєві та юридичні факти можуть породжувати таку ситуацію, коли виконання договору для осіб не лише не приносить вигоди, а приносить шкоду. За таких умов єдиним розумним виходом для контрагентів є розірвання договору. Розірвання договору вступає у суперечність із положенням про те, що зобов'язання має виконуватись належним чином. Однак у цьому випадку слід розуміти, що договірні відносини, як правило, виникають за волевиявленням сторін, отже волевиявлення може бути і підставою для їх розірвання.

Як і для будь-якого договору, до договорів у земельному праві застосовуються загальні положення про зобов'язання та про договір, однак при цьому варто враховувати положення земельного законодавства та специфіку регулювання земельно-договірних відносин.

Серед науковців питання щодо свободи договору, зокрема, свободи його розірвання, розглядалось такими вченими-цивілістами, як А.В. Луць, Т.В. Боднар, С.М. Бервеном, В.О. Горєвим, російськими дослідниками Брагінським М.І., Е.В. Волковим, С.А. Денисовим тощо. Серед вчених-представників земельного права свобода договору вивчалась лише опосередковано у контексті досліджень правосуб'єктності певних осіб, розпорядження землею та орендних правовідносин. Зокрема, таким питанням приділяли увагу П.Ф. Кулинич, А.М. Мірошніченко, В.В. Носік, та інші.

Метою даного дослідження є визначення проявів свободи розірвання договору у земельному законодавстві, зокрема, договору оренди землі. Для досягнення поставленої мети слід виконати наступні завдання: провести аналіз нормативної бази, що регулює розірвання договору, дослідження практики розірвання договору оренди землі, а також підходу українських судів до

окремих категорій справ, які стосуються розірвання договору оренди землі, здійснити підбиття підсумків на основі проаналізованого матеріалу.

Оскільки договір є домовленістю між двома чи більше контрагентами, то за загальним правилом, закріпленим у ст.651 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), розірвання договору здійснюється за домовленістю сторін, якщо інше не встановлено договором чи законом. Тобто свобода розірвання договору обмежена участю у цьому рішенні всіх сторін договору. Однак із положення статті випливає, що сторони можуть передбачити в договорі умову про одностороннє розірвання договору, або така можливість може бути передбачена законом. На практиці зустрічаються випадки, коли сторони передбачають у договорі умову про право однієї чи всіх сторін за певних умов розірвати договір в односторонньому порядку. [7, с.119]. Відповідно до ч.3 ст.6 ЦК України, сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Отже, сторони можуть і передбачити умову про односторонню відмову від договору.

Розірвання договору з ініціативи однієї з сторін може здійснюватися у випадку порушення договору іншою стороною. Важливим питанням є можливість розірвання договору у випадку можливості настання збитків у майбутньому, викликаних порушенням договору. На думку М. Мещерякової, таке розірвання є правомірним [8, с.7]. Хоча з аналізу ст. 651 Цивільного кодексу України і не випливає, що порушення умов договору повинні виливатися у збитки, які вже настали, однак, враховуючи, що розірвати договір з ініціативи однієї із сторін може лише суд і у законодавстві оціночне поняття «істотність» виражається через інше оціночне поняття «значна міра», а точний розмір збитків вирахувати не завжди вбачається можливим, розірвати договір у зв'язку з можливими збитками у майбутньому вбачається проблематичним. [9, с. 95]

З метою запобігання не вигідних для сторін наслідків законодавець закріпив можливість розірвання договору у зв'язку із істотною зміною обставин. Це розірвання не є одностороннім, оскільки сторони за згодою розривають договір за істотної зміни обставин. Зміна обставин є істотною, якщо вони змінилися настільки, що, якби сторони могли це передбачити, вони не уклали б договір або уклали б його на інших умовах. В разі відмови одного з контрагентів сторона, якій відмовили, може звернутись до суду. Природа цієї умови така, що договір як домовленість двох сторін має забезпечувати баланс інтересів сторін, приносити їм обом вигоду. В такому випадку суд обмежений у свободі розірвання такого договору та може задовольнити вимогу про

розірвання договору лише якщо буде доведено, що у момент укладання договору сторони виходили із того, що істотна зміна обставин не настане, зміна обставин зумовлена причинами, які позивач не міг добросовісно усунути після їх виникнення та виконання договору порушило б баланс інтересів сторін.

Якщо звернути увагу на перелік випадків, у яких можлива одностороння відмова від договору, то він значно розширений у ЦК України, на що вже цілком справедливо зверталася увага в юридичній літературі. [6, с.44] Зокрема, передбачивши можливість укладання договору про встановлення сервітуту та суперфіцію у ЦК України, законодавець встановив, що підставою припинення цих речових прав є відмова від них особи, на користь якої вони встановлені. На нашу думку, нелогічним є той факт, що законодавець не передбачив такої можливості за особою, на користь якої встановлений емфітевзис. З огляду на це вбачаємо за необхідне доповнення змісту ч.1 ст.412 ЦК України п. «4», який передбачатиме відмову права землекористувача від права користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб. Крім того, норми ЦК України про припинення емфітевзису і суперфіцію не збігаються із ч.6 ст.102-1, яка також передбачає умови припинення цих прав.

Спірним є питання добровільної відмови від договору дарування земельної ділянки з обов'язком передати дарунок у майбутньому. Зокрема, ч.2 ст.724 ЦК України встановлює право обдарованого у будь-який час до прийняття дарунку на підставі договору дарування відмовитись від нього. Відповідно до ч.1, 4 ст. 722 ЦК України прийняття дарунка є прийняттям документів, які посвідчують право на дарунок дарувальника. Тобто обдарований має право відмовитись від договору дарування земельної ділянки до вручення йому документів, які посвідчують це право дарувальника. Відмова від земельної ділянки після оформлення її у власність є добровільною відмовою від ділянки, що припиняє право власності на неї, і в цьому випадку право на земельну ділянку переходить до держави [12, с.284]. Ця стаття вступає у суперечність із ст.125 Земельного кодексу України (далі – ЗК України), оскільки встановлює інший момент переходу права власності на подаровану земельну ділянку – з моменту прийняття документів. На нашу думку, застосування підлягає норма саме про виникнення права власності на земельну ділянку з моменту державної реєстрації цього права. Тому варто узгодити ці моменти задля визначення строку, протягом якого обдарований може відмовитись від дарунку.

Однак з метою досягнення мети даного дослідження звертаємо свою увагу на питання розірвання договору оренди землі. Практика свідчить, що доволі часто орендарі земельних ділянок подають до власників земельних ділянок

заяви про добровільну відмову від права користування земельною ділянкою. При цьому орендарі, мотивуючи свої дії, посилається на п. «а» ч.1 ст.141 ЗК України, яка визнає добровільну відмову як підставу припинення права користування земельною ділянкою. Однак слід погодитись з К. Сілкіним, що використання добровільної відмови до оренди землі як підстави її припинення є спірним. [10, с.28] Виходячи зі змісту ст.142 ЗК України, законодавцем визнається добровільна відмова від права постійного користування або права власності на земельну ділянку, однак про оренду у цій статті мова не йде. Більше того, у Законі України «Про оренду землі» вказано, що договір може бути припинений за згодою сторін, та у випадках, до яких добровільна відмова не належить. Крім того, можливість добровільно відмовитись від права оренди земельної ділянки дестабілізує орендні відносини та поставила орендаря та орендодавця в нерівне становище, оскільки підстави розірвання договору орендодавцем були б більш обмеженими, ніж добровільна відмова орендаря.

Тим не менш, підстави припинення права користування, що визначені в ст. 141 ЗК України, одночасно все ж таки є підставами для розірвання договору оренди земельної ділянки. Такими є: добровільна відмова від права користування земельною ділянкою; вилучення земельної ділянки державної чи комунальної власності у разі необхідності надання її для суспільних потреб; припинення діяльності релігійних організацій, державних чи комунальних підприємств, установ та організацій; використання земельної ділянки способами, які суперечать екологічним вимогам; використання земельної ділянки не за цільовим призначенням; систематична несплата земельного податку або орендної плати; набуття іншою особою права власності на жилий будинок, будівлю або споруду, які розташовані на земельній ділянці; використання земельної ділянки у спосіб, що суперечить вимогам охорони культурної спадщини.

Варто зазначити, що однією з підстав припинення права оренди є перехід права власності на будівлі та споруди, що розташовані на орендованій земельній ділянці, до іншої особи. У такому випадку договір оренди укладається між власником земельної ділянки та новим власником нерухомості. Відповідно, у попереднього орендаря вже не має потреби у використанні земельної ділянки, водночас вона виникає у нового власника нерухомості, тому договір автоматично припиняється. Однак варто зауважити, що у випадку систематичної несплати орендної плати орендодавцю, використання земельної ділянки не за цільовим призначенням або з порушенням екологічних вимог

автоматичного припинення договірних відносин між попереднім власником нерухомості та власником земельної ділянки не відбувається.

Також слід звернути увагу на ст.31 Закону України «Про оренду землі», де визначені підстави автоматичного припинення договору оренди землі. Крім того, будь-хто із контрагентів може звернутись із вимогою про розірвання у судовому порядку в разі невиконання сторонами обов'язків, передбачених ст.24 та 25 Закону України «Про оренду землі» та умовами договору в разі випадкового знищення чи пошкодження об'єкта оренди, яке істотно перешкоджає передбаченому договором використанню земельної ділянки, а також на підставах, визначених ЗК України, зокрема у ст.142, та іншими законами України. Обов'язки контрагентів, що передбачені в ст.24 та 25 Закону, не включають вимоги про дотримання екологічних вимог, цільового призначення та внесення орендної плати. Тим не менш, ці умови сторони зазвичай включають до договору, щоб у разі їх порушення можна було послатись на розірвання договору на підставі ст. 31 Закону, ніж на ЗК України, який встановлює загальні підстави припинення права користування земельною ділянкою.

На практиці виникають суперечності щодо розуміння такої підстави розірвання договору оренди землі, як використання земельної ділянки не за цільовим призначенням. Зрозуміло, що ця підстава поширюється на використання земельної ділянки за призначенням, іншим від того, що встановлений законом та договором для відповідної земельної ділянки. Однак під використанням земельної ділянки не за цільовим призначенням розуміють також відсутність проведення будь-яких робіт по використанню земельної ділянки за цільовим призначенням. Тобто використання земельної ділянки не за цільовим призначенням поширюється і на випадки утримання від будь-якого використання цієї земельної ділянки.

Такий підхід відображений, зокрема, у Постанові Пленуму Вищого господарського суду України від 17.05.2011 року №6 «Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин», де у п.2.21 вказано наступне: «У разі [...] коли земельна ділянка використовується не за цільовим призначенням, визначеним умовами договору, та у спосіб, що суперечить екологічним вимогам, суди мають правові підстави для задоволення вимог про розірвання договору оренди на підставі статті 32 Закону України «Про оренду землі». Про невиконання відповідачем умов договору щодо використання землі за цільовим призначенням може свідчити, зокрема, відсутність проведення будь-яких будівельних робіт на об'єкті, [...]. Разом з тим

слід звернути увагу на те, що підставою для розірвання договору оренди землі є саме факт використання землі не за цільовим призначенням, а не, наприклад, невикористання земельної ділянки для забудови протягом трьох років підряд.» [5] Вище наведені твердження є взаємосуперечливими, однак, на нашу думку, останнє є більш логічним, що підтверджується наступним.

Показовим у даному випадку є рішення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 лютого 2012 року у справі № 6-464ск12 про розірвання договору оренди у зв'язку із використанням земельної ділянки не за цільовим призначенням. Суд першої інстанції задовольнив позов та розірвав договір оренди землі на тій підставі, що відповідач постійно порушував строки прибирання побічної продукції, не вносив добрива, що призвело до виснаження та засмічення землі бур'янами, наступні два роки взагалі не обробляв землю, тобто не використовував її за цільовим призначенням.

Скасовуючи рішення місцевого суду та задовольняючи касаційну скаргу відповідача, суд касаційної інстанції зазначив: «Вирішуючи спір, суд першої інстанції, з висновками якого погодився апеляційний суд ототожнив поняття «невикористання земельної ділянки за призначенням» та «використання земельної ділянки не за цільовим призначенням», останнє з яких застосовується до випадків, коли на земельній ділянці із певним цільовим призначенням здійснюється діяльність, яка виходить за межі цього цільового призначення. Використання не за цільовим призначенням передбачає дію використання, а за невикористання (бездіяльність) не передбачається позбавлення права користування». [11]

Крім того, використання земельної ділянки не за цільовим призначенням є порушенням умов договору щодо будівництва конкретного об'єкта на земельній ділянці житлової та громадської забудови. У своїх рішеннях Вищий господарський суд України зазначив, що порушенням умови про цільове призначення є побудова на земельній ділянці іншої архітектурної форми, ніж та, що зазначена в договорі. [4]

Слід згадати, що серед підстав припинення права користування зазначена така умова, як систематична несплата земельного податку чи орендної плати. За таких умов важливим є визначення систематичності порушення внесення орендної плати. Ні ЗК України, ні Законом України «Про оренду землі» не визначений критерій систематичності. Для визначення цього поняття потрібно звернутись до положень ЦК України щодо найму речей. Зокрема, ст.782 ЦК України встановлює, що наймодавець має право відмовитися від договору

найму і вимагати повернення речі, якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд. Такий строк буде застосований і до земельно-орендних правовідносин як різновиду відносин найму. У такому випадку орендодавець матиме право розірвати договір оренди землі в разі невнесення орендарем орендної плати протягом трьох місяців підряд.

Такий підхід до застосування вказаної підстави розірвання договору оренди землі відображений і у судовій практиці. Наприклад, при винесенні ухвали від 27 березня 2013 року по справі № 6-47496св12 Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ посилався на правову позицію щодо розірвання договору оренди у разі систематичної несплати орендної плати, що викладена в постанові Верховного Суду України від 12 грудня 2012 року № 6-146цс/12, яка згідно із ст. 360-7 ЦПК України є обов'язковою для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права.. Зокрема, Верховний Суд зробив висновок про можливість розірвання договору оренди землі лише в разі систематичної несплати орендної плати, разове порушення умов договору у цій частині не є підставою для його розірвання. [11]

Зрозуміло, що у жодному згаданому нормативно-правовому акті не можна передбачити вичерпний перелік підстав, за яких у сторін виникає можливість розірвати договір. Це пов'язано із тим, що законодавцем не може бути охоплено всіх підстав, за яких контрагентам є не вигідним продовження виконання договору. Тим паче, в цьому немає потреби з урахування принципу свободи договору.

Отже, підсумовуючи варто зазначити, що межі свободи розірвання договору оренди землі обумовлені переліком законодавчих та договірних підстав для розірвання та припинення договору оренди землі чи права користування земельною ділянкою. Однак при цьому варто відзначити несистематизованість нормативного масиву, що регулює досліджуване питання, що, в свою чергу, частково компенсується наявністю усталеного підходу до застосування згаданих норм на практиці.

### **Список використаних джерел:**

1. Закон України «Про оренду землі» від 6 жовтня 1998 р. № 161 – XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 46 – 47. – Ст.280.



2. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768 – III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3 – 4. – Ст.27.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
4. Оглядовий Лист Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з орендою земельних ділянок від 30.11.2007 року № 01-8/918// [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/va918600-07>
5. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17.05.2011 року №6 «Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин» // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0006600-11>
6. Блащук А. Відмова від виконання договору як підстава припинення зобов'язання/ А. Блащук// Юридична Україна. – 2004. - №12. – С.44-45.
7. Заменгоф З.М. Изменение и расторжение хозяйственных договоров. – М.: Юрид. лит., 1966. – 210 с.
8. Мещерякова М. Е. Договор аренды зданий и сооружений в гражданском праве Российской Федерации: автореф. дис. на соискание уч.степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 [Текст] / М.Е. Мещерякова. – Волгоград, 2007.– 20 с.
9. Паскевич Ю.В. Припинення договору найму (оренди): окремі теоретичні аспекти // Юридичний вісник. - № 3(28). – 2013. – с.92-96, с.95
10. Сілкін К. Деякі питання добровільного припинення прав оренди// Газета «Юридична газета». № 47 від 20 листопада 2012 року. – с.27-28.
11. Чумак Р. Окремі підстави припинення договору оренди землі шляхом його розірвання [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.areslex.com/blog/504-okremi-pidstavi-pripinennya-dogovoru-orendi-zemli-shlyakhom-jogo-rozirvannya>
12. Чуркин В. Э. Дарение и мена земельных участков и передача их в уставной капитал коммерческих сельскохозяйственных организаций // Земельное право : учебник / под ред. В. Х. Улюкаева. — М. : Былина, 2000. – 346 с.

*Стаття присвячена розгляду базових законодавчих норм, що встановлюють підстави розірвання договорів у земельному праві, зокрема, договору оренди землі, та порядок такого розірвання. Автором було виявлено проблеми застосування окремих підстав, а також проаналізовано практичний підхід до їх вирішення.*

**Ключові слова:** *свобода розірвання договору, оренда землі, судова практика, нецільове використання земельної ділянки, несплата орендної плати*

*Статья посвящена рассмотрению базовых законодательных норм, которые предусматривают основания для расторжения договоров в земельном праве, в частности договора аренды земли, а также порядок такого расторжения. Автором были выявлены проблемы применения отдельных оснований для расторжения договора аренды земли, а также проанализирован практический подход к решению данных проблем.*

**Ключевые слова:** *свобода расторжения договора, аренда земли, судебная практика, нецелевое использование земельного участка, неуплата арендной платы*

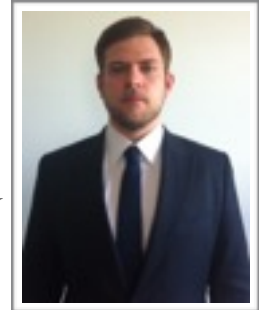
*The article is devoted to basic legal norms that establish primary grounds of the contract termination in land law, in particular land lease contract. The legal procedure of such termination is also reviewed. The problems of application of some of the abovementioned grounds are revealed. Judicial approach to their solution is analyzed.*

**Key words:** *freedom of contract termination, land lease, court practice, using land plot contrary to its destination, failure to pay the land lease rent*

# **RESTRICTIONS ON HUMAN RIGHTS IN THE AREA OF PUBLIC HEALTH LAW: LEGAL ISSUES IN VACCINATION PRACTICES IN UKRAINE AND THE U.S.**

**Malyshevskiy Sviatoslav**

*specialist of the Education and Research Centre for Medical Law  
at the Law Faculty of the Taras Shevchenko National University of Kyiv  
MA (Hons.), LLM*



## **Introduction**

Health is fundamentally important not only to an individual, for the enjoyment of and an effective participation in social, political, economic, and other private and public activities, but also to the society as a whole, where its constituent members are able to function and develop in accordance with the established rules and norms. Legal regulation of a value that has an overarching importance both for individuals and for the society requires careful balancing in assigning corresponding rights and duties, as well as their just and fair enforcement. The area of law that regulates health-related aspects of the lives of individuals and of the society simultaneously – public health law - finds it necessary to restrict the rights of the former in order to ensure continuity of the latter. In this respect, public health interventions may occasionally restrict individual rights and freedoms under specified conditions and in accordance with established legislation and practices.

This paper aims at demonstrating the necessity of legal regulation of the public health mechanisms and the importance of employing the principles of ‘social justice’ in the process of limiting State’s power of coercion. It will be demonstrated, using an example of vaccination and its relationship to the right to education, that while legal collisions exist between public health requirements and human rights and fundamental freedoms, legal systems that permit their judiciary to review legislation benefit from a fair balancing of state powers and individual interests. For this purpose the public health law frameworks of Ukraine and the United States (U.S.) will be compared with respect to the relevant practices of vaccination in order to identify the defining differences.

## **1. Public Health**

The health of the population (also referred to as the ‘*public health*’) has “transcendent value” [1, p. 2] due to it being indispensable as a prerequisite of

public's welfare and functioning. The World Health Organization (WHO) [2] defines 'public health' as "all organized measures (whether public or private) to prevent disease, promote health, and prolong life among the population as a whole. Its activities aim to provide conditions in which people can be healthy and focus on entire populations, not only individual patients or diseases." [3]

It is then specified that the main functions of the public health measures are:

- " - The assessment and monitoring of the health of communities and populations at risk to identify health problems and priorities.
- The formulation of public policies designed to solve identified local and national health problems and priorities.
- To assure that all populations have access to appropriate and cost-effective care, including health promotion and disease prevention services." [3]

The above functions are fulfilled via various public health campaigns and interventions that focus on health-related areas such as, *inter alia*, motor-vehicle safety, access to safe drinking water, vaccination and control of infectious diseases. [4]

Establishment, promotion and maintenance of the public health measures and interventions is the task of the government; in fact, theory of the 'social contract' [5, 6, 7, 8] hold that protection and promotion of public welfare can only come around because of a communal effort. State officials, in turn, have an elected duty to protect their constituents against identifiable and foreseeable hazards, both natural and man-made, [9, pp. 3-63] especially against unreasonable harm and unacceptable risks emanating from other individuals [1, p. 3].

In a society based on the rule of law, public health measures and interventions ought to comply with the principles of 'social justice', meaning that in order to effectively improve and maintain the health of an entire society, the public health focus ought to be on those who are most vulnerable and disadvantaged.[10, p. 1054] The term 'social justice' has been defined by John Rawls as a set of principles that "provide a way of assigning rights and duties in the basic institutions of society and they define the appropriate distribution of the benefits and burdens of social cooperation." [11, p. 4] According to Rawls, Aristotle's definition of social justice [12] as "that which is manifested in distributions of honour or money or the other things that fall to be divided among those who have a share in the constitution (for in these it is possible for one man to have a share either unequal or equal to that of another)" [12], entails an existence of legitimate expectations for such entitlements. [11, pp. 6, 10] Therefore, both Aristotle and Rawls imply that social justice can be otherwise described as social fairness, [11, p. 10] making it the core value of the

public health; “[t]he historic dream of public health... is a dream of social justice.”[13, p. 53] Under this definition, social justice is an effective instrument for the public health interventions, as it “requires that the governments act to limit the extent to which the burden of disease falls unfairly upon the least advantaged and to ensure that the burdens of interventions themselves are distributed equally.” [1, p. 11; 14, pp. 556, 1703; 15, p. 368]

Social justice, therefore, must be both - the principle and the tool - used by the government that aims to deploy a public health intervention without risking undermining social cohesion and avoiding erosion of public trust; fairness and equality would be the principles guiding distributive efforts in the direction of avoiding neglect of the needs of the vulnerable populations. [1, p. 11]

## **2. Public Health Law**

Social justice ensured by the government via the relevant legal provisions “that have significant consequences for the health of determined populations” [4, p. 4], promoted through voluntary measures, and enforced by the coercive power of the State, the so-called ‘police powers’. Government’s involvement is necessitated due to the fact that private actors have both ability and willingness to cause damage to the rest of the society in their pursuit of profit. The eternal existence of individuals willing to participate in, for example, unprotected sex, risking spread of infectious diseases, or businesses that pollute the environment and risk health of their workers by attempting to employ illegal practices aimed at an increase in efficiency and profit, [16, pp. 411-485] necessitates constraints on a “wide range of private activities that pose unacceptable risks” to the health of their community. [1, p. 3] In a society based on the rule of law, such restrictive actions require established legal foundations [1, p. 11] equipped with effective and balanced implementation and enforcement mechanisms.

Various legal sources contain ‘health laws’ [17] that collectively form legal foundations of the ‘public health law’.

“Public health law is the study of the legal powers and duties of the state, in collaboration with its partners (e.g. health care, business, the media, and academe), to assure the conditions for people to be healthy (to identify, prevent, and ameliorate risks to health in the population) and the limitations on the power of the state to constrain the autonomy, privacy, liberty, proprietary, or other legally protected interests of individuals for the common good. The prime objective of public health law is to pursue the highest possible level of physical and mental health in the population, consistent with the values of social justice.” [18, p. 4]

The above definition of the public health law proposed by L.O. Gostin holds that it is the duty of the State to defend the well-being of the community. This fundamental duty States fulfill by exercising their ‘police powers’, which are defined as the “inherent authority... to enact laws and promulgate regulations to protect, preserve, and promote the health, safety, morals, and general welfare of the people.” [4, p. 13] Furthermore, as mentioned above, public health is inherently a communal undertaking that requires the legitimately elected government to assert its delegated ‘police powers’ in order to establish, maintain and protect public health campaigns and interventions. These public health law mechanisms “are many in number, diverse in their mechanisms of operation, and located at many different points on a gradient ranging from a high degree of voluntarism to a high degree of coercion.” [4, p. 14]

### 3. Voluntarism v. Coercion

Generally, States enjoy a wide scope of action in order to prevent public health threats, insofar as such preventive actions comply with the current domestic and international legislation and, whenever it is possible and/or reasonable, those affected grant consent.[19, p. 193] When the State uses law-based public health interventions, the outcome, and even the process itself, “may be controversial, often in ways that implicate the most fundamental laws of the country, as well as sensitive social and cultural issues.” [4, p. 15] This is the reason why the State should first attempt voluntary measures when public health campaigns and interventions are implemented and enforced. This ‘voluntarism’ approach may include, *inter alia*, education and dissemination of information about healthy living, proper food preparation, improving access to fresh drinking water, effective waste disposal, etc. [4, p. 14] However, while this approach is necessary for the maintenance of an intervention and as an instrument for increasing awareness, it is an unfortunate historic and practical truth that “the effectiveness of law as a public health instrument was powerfully mediated by factors of enforcement and compliance.” [4, p. 15] In other words, it is highly unlikely for the voluntary measures to succeed as the only deployed mechanism of implementation and enforcement. For this reason, governments ought to exercise their exclusive power of coercion in order to ensure conformance with established norms and standards. Methods of coercion, while not as numerous as that of ‘voluntarism’, include, *inter alia*, financial penalties, quarantine measures, arrest and detention. It is important, however, that voluntary measures, such as education, ought to be implemented alongside, as “the use of coercion must be part of an informed understanding of public health law, and... state power also must be subjected to limits.” [1, p. 3]

The U.S. judicial practice is rather instructive on the issue of police powers. The U.S. Supreme Court in the *Gibbons v. Ogden*[20]decision recognized that public health law requires the government's ability to exercise police powers and in *Jacobson v. Massachusetts* the legitimate extent of the police powers, exercised for public health purposes, was set to fulfill the requirements of necessity [21, p. 28; 22, p. 854], proportionality [21, pp. 38, 39], reasonable means [21, p. 31] and harm avoidance [21, p. 39; 23, p. 22; 24, p. 391].

#### **4. Human Rights, Fundamental Freedoms and Civil Liberties: Sources, Extent and Limits**

The exclusive 'right' to place and enforce constraints on individuals, for public health purpose, entails a corresponding obligation to balance the necessity and urgency of restrictive measures with human rights and fundamental freedoms, ensured and granted to individuals by law. While different public health interventions restrict, or otherwise negatively affect, individuals' rights and freedoms, the right to privacy [25, 26, 27, 28, 29], autonomy [27], liberty [25, 26, 27, 28, 31], and even the right to own property[25, 32, 28, 33], require careful consideration in order to lessen the risk of undermining effectiveness of an intervention. Individuals' desire to protect those valued safeguards against the power of the State may sometimes fail to correspond with the best interests of their community or even of the entire society.

A growing number of authors claim that no real conflict exists between the protection of individual's rights and freedoms and the protection of the population's health. This claim rests on the assertion that "individual rights and public health are *synergistic* – the defense of one enhances the value of the other, and vice versa." [1, p. 4 (emphasis added)] The opposing camp of scholars [1, p. 4] notes on the power of State coercion to isolate or quarantine an individual, as well as entire groups. It is clear that such public health interventions help save human lives and prevent future reoccurrence of infection but it also can alienate people from the public authorities and the government's enforcement mechanisms, potentially resulting in an ineffective functioning of the system of public health at the time of crisis. "By provoking distrust in, or alienation toward, medical and public health authorities, coercion may shift balance to avoidance of testing, counseling, or treatment." [1, p. 4]

Fundamentally, the State has, on the one hand, the duty to protect its population against foreseeable threats to health and, on the other hand, the duty to protect human rights and fundamental freedoms of individuals within it. Therefore, the extent to which State officials are prepared to seek compromise for the achievement of a fair balance between these equally important duties, rests on two broad factors: (1) the severity of the threat, urgency of the required response, and the necessity of the

coercive methods; and (2) provisions found in various domestic legal frameworks regulating implementation and enforcement of the public health response.

Internationally, numerous hard- and soft-law instruments, such as, *inter alia*, various multinational treaties, agreements and declarations, [34] ensure the minimum level of protection individuals ought to expect from their State. In the wake of the Second World War, the international community outlined such ‘minimum standards’ in the 1948 United Nations (UN) Declaration of Human Rights, thus fleshing-out the legally-binding obligation found in Articles 55(c) and 56 of the UN Charter [35] via a soft-law instrument. The wording of Article 56 of the UN Charter, by using “pledge” instead of, *e.g.*, “are bound” and by failing to specify concrete requirements and duties of States [36], however, may be interpreted by some as placing no binding obligations on Member States of the UN. [37, p. 646] The lack of a truly legally-binding requirement was decisively rectified in 1966 by the adoption of the International Covenant on Civil and Political Rights [30] (*incl.* Optional Protocol) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [38] (*incl.* Optional Protocol, aiming at the abolition of the death penalty). Together with the 1948 UN Declaration of Human Rights, they create a synergistic legal instrument of the international law, referred to as the International Bill of Human Rights, which seamlessly fuses the soft-law approach of customary law with the hard-law requirements of the treaty law.

Currently, there are 7 additional ‘core’ international human rights treaties, with their optional protocols, and 10 supporting ‘treaty bodies’, established to monitor and coordinate implementation of provisions found in the above instruments of international law. [39] Furthermore, a number of regional human rights conventions were concluded in the Americas [40], Africa [41] and Europe [27], providing legally binding human rights standards with local, cultural and other differences considered. Most importantly, the practice of the European Court of Human Rights (ECtHR) sets an impressive example of an effective conflict-resolution mechanism between the State and its citizens. There were a number of cases concerning health law in general reviewed by the Court [42; 43], as well as those concerning public health specifically [44; 45; 46; 47; 48; 49]. International law and its judicial practice are important in reviewing domestic legislation; this is true both for the monist (*e.g.*, Ukraine, as established by Article 9 of the Constitution of Ukraine), mixed (*e.g.*, U.S.A., as established by Article 1, Section 7(2) of the U.S. Constitution) [50, p. 314; 51], and the dualist (*e.g.*, UK) systems. This paper aims to provide a brief overview of the public health law provision and practice in Ukraine and the U.S. in order to identify substantial differences (beyond the monism/dualism) and improvement strategies.



*Sources of public health law in Ukraine*

In Ukraine, health and medical law can be found in over 170 laws, 2,931 orders of the Cabinet of Ministers of Ukraine and many other normative provisions [52, p. 12], constituting, in this respect, a legal system with ample provisions for the protection of well-being of the individual and the community. Ukraine is the Member State of the UN and the State party to the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and to most of the main human rights agreements in force in Europe [53]. However, failure to ratify such fundamental international human rights instruments as the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families [54], International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance [55], as well as the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [56] and the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on communications procedure [57], which were signed but not ratified by Ukraine, weakens protection of individual rights and freedoms in the exercise of public health law in Ukraine.

Human rights and equality provisions and guarantees of their protection are placed at the very beginning of the Constitution of Ukraine (e.g. Articles 3, 21, 24, 27, 34, 45, 49, 55, 57, etc.) and continue throughout specialized legislative norms and regulations. While public health law finds its introduction in the Constitution of Ukraine, it is the Law of Ukraine “The Fundamentals of the Legislation on Health Care in Ukraine” (a health law ‘Constitution’ of Ukraine) [58] that gives it content. Public health law provisions can also be found in almost every legal Code of Ukraine [59, 60, 61, 62, 63, 64] and additionally form the theme of some stand-alone laws [65; 66; 67]. Provisions concerning implementation and enforcement of public health law, unless explicitly stated in the Constitution of Ukraine, provided by relevant laws and regulations.

*Sources of Public Health Law in the U.S.*

United States has a considerably weaker protection of human rights through international instruments than Ukraine; U.S. is only State Party to the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the International Covenant on Civil and Political Rights. U.S. ratification of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment and Punishment does not appear to have a significant effect due to the country's failure to follow its provisions, evident by the well-known cases of Guantanamo Bay and alike.

Nevertheless, the U.S. Constitution provides numerous human rights protections. The Preamble recognizes guarantees of “Justice” and “general Welfare” and Amendments 1, 4 – 8, 13 – 15, 19 secure various rights and freedoms. With 50 different state Constitutions, governments and public health regulators, each establishing similar, albeit different, public health rules and regulations, sources of public health law in the U.S. are vast in number and scope. The U.S. state law, however, may not contradict the federal law in force, according to Article 6(2) of the U.S. Constitution, as well as those international treaties considered as “self-executing” [51]. As an example, the 2010 Patient Protection and Affordable Care Act [68] established rules for nutrition labelling for certain restaurants and vending machines that cannot be contradicted by state legislation. Importantly, however, in the majority of important cases, government enforcement and its limitations are usually interpreted and clarified by the relevant case law.

### **5. In-focus: Vaccination**

One of the frictions between the public health law and the human rights law is the issue of vaccination. In Ukraine the status of vaccination is uncertain as there are fundamental contradictions under the Law of Ukraine “Fundamentals of the Legislation on Health Care in Ukraine”, where, on the one hand, Article 10 specifies vaccination as a duty of citizens and provisions of Article 43, on the other hand, set out preventive vaccination as a right of an individual.

This legal uncertainty creates certain collisions when rights are restricted in the name of the public health necessity. One of such rights is the right to education that is recognized as one of fundamental human rights both internationally (e.g. in Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and in Article 2 of the Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [69]) and by the Constitution of Ukraine (Article 53).

At first, Ukrainian legislators attempted to use coercive measures to ensure compliance with vaccination requirements by prohibiting access to primary education to children lacking certain vaccinations [66]. While some parents faced criminal charges for refusing to permit preventive vaccination of their children [70], some institutions were also taken to court for refusing admission of children lacking specified vaccinations [71].

This legal collision still causes uncertainty even though the Ministries of Education and Health collaboratively attempted to lift practical restrictions by issuing a joint regulation [72] permitting admission of non-vaccinated children to primary education provided parents obtain an official letter from their doctor stating that the

child is healthy and fit to attend an educational institution; any refusal on the grounds of the lack of certain vaccinations, in this case, considered illegal.

From the public health point of view, this ‘solution’ to the legal problem sidesteps established legislation and undermines vaccination campaigns in the country where only around 70-75% of the population are duly vaccinated [73].

In the United States a legal collision between the right to education and vaccination requirements also exists. With 50 different state statutes regulating this relationship and the federal government’s lack of police power [74], it is down to each state whether to permit access to education to non-vaccinated children. Most U.S. states choose to allow ‘liberty interests’ on bodily integrity of an individual even though this ‘right’ is not stipulated by the U.S. Constitution and the Supreme Court only applied it to cases of abortion [75], birth control [76], donation of body parts [77] and in cases concerning terminal illness [78] and mental disability [79]. As a result, only two U.S. states – Mississippi and West Virginia – require certain vaccinations as a pre-requisite for admission to educational institutions and only permit difficult-to-obtain medical exemptions [80].

Nevertheless, vaccination has been a ‘hot’ topic for debate in the United States since the 1901-1903 smallpox outbreak in Boston [81, pp. 375-379] that resulted in numerous Supreme Court decisions interpreting state statutes and guiding their enforcement. Most importantly for the current discussion are the Court decisions to find school vaccination requirements constitutional [82; 83] and that individual states can regulate individuals and businesses for the protection of public health and safety [84]. Furthermore, U.S. Supreme Court also recognised that individual “liberty interests” are safeguarded by the U.S. Constitution [85] but are not absolute and can be limited by the state [86]. Therefore, the Court continuously pointed out that the exercise of police powers by states must be balanced with individual rights and interests [87; 88]. Importantly, this balancing exercise and further enforcement must include the following considerations: 1) police power regulation must have a compelling and substantive relationship to state interest [89] that, in turn, must be demonstrated [90]; 2) police power must not be exercised in an unreasonable or arbitrary manner [91]; 3) ‘standard of fairness’ must be applied at all times [23]; and 4) police power must be used exclusively to prevent harm to the population from those with serious diseases [92; 93].

Importantly, any application of police powers in the area of public health in the United States must follow the “settled” criteria set out in *Jacobson* and mentioned previously [94]. In its practice, the U.S. Supreme Court defends the exercise of police power by states [20; 95], with some decisions reaching as far as to suggest that public

health regulation has immunity from the constitutional review [96]. When the Court rarely does allow exemptions from vaccination requirements it concerns recognised religious convictions [97], terminal illnesses [78], mental disability [79], and reproductive freedoms [75; 76; 98], or when vaccination can threaten health and life of the person [99].

### **Conclusion**

It is clear from the above discussion that States enjoy broad police powers in the area of public health. Such powers can be coercive or based on voluntary measures, although the exercise of both simultaneously ensures results that adequately take into account human rights and fundamental freedoms of the population. Such rights and freedoms are concretely established both in the international law and in the domestic laws of Ukraine and the United States. Therefore, States ought to balance their police powers with legitimate interests of the population – an aim often difficult to achieve.

It has been demonstrated that both Ukrainian and the U.S. law suffers from the legal collision between vaccination requirements and the right to education. It is clear that United States benefit from the judicial precedence that ensures “social justice”, while Ukrainian courts lack such power to interpret the law and guide its enforcement. Therefore, the Ukrainian legislator must take note of the ECtHR’s view that vaccination is the right of the individual, whose freedom to choose whether to submit to a medical intervention is a fundamental right [100] and consider various suggestions for the relevant reforms prepared by the local experts and activists. It may not be possible to completely resolve this legal collision but a fair balance between the public and individual interests can be achieved if the relevant reforms take account of the views of every stakeholder.

### **References**

1. L.O. Gostin “A Theory and Definition of Public Health Law” 10 *Journal of Health Care Law and Policy* (2007)
2. WHO was established in pursuant to Article 80 of the 1948 Constitution of the World Health Organization, New York, 22 July 1946
3. WHO “Public Health”, available at: <http://www.who.int/trade/glossary/story076/en/>
4. A.D. Moulton “Perspective: Law and Great Public Health Achievements” in the *Law in Public Health Practice* (R.A. Goodman, *et al.*, eds., 2007)
5. J-J. Rousseau “The Social Contract” (1762), available at: <http://www.earlymoderntexts.com/pdfs/rousseau1762.pdf>

6. J. Locke “Second Treatise of Government” (1690), available at: <http://www.earlymoderntexts.com/pdfs/locke1689a.pdf>
7. I. Kant “Groundwork for the Metaphysics of Morals” (1785), available at: <http://www.earlymoderntexts.com/pdfs/locke1689a.pdf>
8. J.W. Gough “The Social Contract: A Critical Study of Its Development” (2<sup>nd</sup> ed. Oxford University Press, 1957)
9. M. Walzer “Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality” (New York: Basic Books, 1983)
10. L.O. Gostin & M. Powers “What Does Justice Require for the Public’s Health? Public Health Ethics and Policy Imperatives” 25 *Health Affairs* (2007)
11. J. Rawls “A Theory of Justice. *Revised Edition*” (Harvard University Press, 1999)
12. Aristotle “Nicomachean Ethics” (350 B.C.E, translated by W.D. Ross), Book V, Part 2; Aristotle describes two kinds of justice: 1) one that is seen in distributions among the community (a distributive justice), and 2) one that is involved in private transactions (voluntary and involuntary); this paper refers to the former kind as ‘social justice’.
13. D.E. Beauchamp “Public Health as Social Justice” in *New Ethics for the Public’s Health* (D.E. Beauchamp & B. Steinbock, eds., 1999)
14. L.O. Gostin “Medical Countermeasures for Pandemic Influenza: Ethics and the Law” 295 *Journal of the American Medical Association* (2006)
15. L.O. Gostin “Public Health Preparedness and Ethical Values in Pandemic Influenza” in *The Threat of Pandemic Influenza: Are We Ready?* (S.L. Knobler, et al., eds., 2005)
16. J.M. Diamond “Collapse: How Societies Choose to Fail or Succeed” (Viking, 2005)
17. Black’s Law Dictionary (8<sup>th</sup> ed., 2004) defines ‘health law’ as “a statute, ordinance or code that prescribes sanitary standards and regulations for the purpose of promoting and preserving the community’s health.”
18. L.O. Gostin “Public Health Law: Power, Duty, Restraint” (2<sup>nd</sup> ed., 2008)
19. D.P. Fidler & M.S. Cetron “International Considerations” in *Law in Public Health Practice* (R.A. Goodman, et al. eds., 2007)
20. *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824), summary and decision available at: <http://www.lawnix.com/cases/gibbons-ogden.html>
21. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905), available at: <http://www.publichealthlaw.net/Reader/docs/Jacobson.pdf>
22. *Morris v City of Columbus*, 30 SE 850 (1898), available at: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=174&invol=196>

23. *Jew Ho v Williamson*, 103 F10 (CNND California, 1900), available at: <http://www.publichealthlaw.net/Reader/docs/JewHo.pdf>
24. *Kirk v Wyman*, 65 SE 387 (SC, 1909), summary available at: <https://casetext.com/case/kirk-v-board-of-health>
25. Universal Declaration of Human Rights, UN General Assembly, New York, 10 December 1948, 217 A (III); Article 12 (right to privacy), Article 3 (right to liberty), Article 17 (right to own property)
26. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), UN General Assembly, New York, 19 December 1966; Article 17 (right to privacy), Article 9 (right to liberty),
27. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), Rome, Italy, 4 November 1950; Article 8 (right to privacy and autonomy), Article 5 (right to liberty)
28. 1996 Constitution of Ukraine (as of 2014), VVR no. 30 (1996); Article 31 (right to privacy), Article 29(1) (right to liberty), Article 41(1) (right to own property)
29. 1998 Privacy and the Human Rights Act (UK), available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>; Article 8 (right to privacy)
30. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), UN General Assembly, New York, 19 December 1966
31. 1787 U.S. Constitution, available at: [http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html); Preamble (right to liberty)
32. 1952 Optional Protocol to ECHR, available at: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf); Article 1(1) (right to own property)
33. 1791 U.S. Bill of Rights, available at: <http://billofrightsinstitute.org/founding-documents/bill-of-rights/>; Article 7 (right to own property)
34. Article 38 of the Statute of the International Court of Justice (ICJ), United Nations (18 April 1946);
35. Charter of the United Nations, 26 June 1945, 59 Stat. 1031
36. Note a more direct obligation UN places on itself: *“the United Nations shall promote... universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all”*; although the choice of the word *“shall”*, instead of a more ‘restrictive’ *“will”*, may indicate an intentional provision of flexibility in order to take positive actions, envisaged in Article 56 of the UN Charter
37. O. Schachter “The Charter and the Constitution: The Human Rights provisions in American Law” 4 *Vanderbilt Law Review*
38. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), UN General Assembly, 16 December 1966

39. Office of the High Commissioner for Human Rights, “The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies”, available at: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>
40. American Convention on Human Rights, San Jose, Costa Rica, 22 November 1969
41. African (Banjul) Charter on Human and Peoples’ Rights, Nairobi, Kenya, 27 June 1981
42. ECtHR “Research Report – *Bioethics and the case-law of the Court*” (2012), available at: [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts\\_and\\_documents/Bioethics\\_and\\_caselaw\\_Court\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Bioethics_and_caselaw_Court_EN.pdf)
43. ECtHR Press Unit “Factsheet – Health” (March 2015), available at: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Health\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.pdf)
44. ECtHR Press Unit “Factsheet – Environment and ECHR” (January 2015), available at: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Environment\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf)
45. ECtHR Press Unit “Factsheet – Persons with disabilities and the ECHR” (February 2015), available at: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Disabled\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Disabled_ENG.pdf)
46. ECtHR Press Unit “Factsheet – Prisoners’ health rights” (February 2015), available at: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Prisoners\\_health\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_health_ENG.pdf)
47. ECtHR Press Unit “Factsheet – Detention and Mental health” (January 2014), available at: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Detention\\_mental\\_health\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Detention_mental_health_ENG.pdf)
48. ECtHR Press Unit “Factsheet – Reproductive rights” (February 2015), available at: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Reproductive\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_ENG.pdf)
49. ECtHR Press Unit “Factsheet – Work-related rights” (March 2015), available at: [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Work\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Work_ENG.pdf)
50. *Foster v Neilson*, 27 U.S. (2 Pet.) 253 (1829), available at: [http://sitemaker.umich.edu/drwcasebook/files/foster\\_and\\_elam\\_v\\_neilson.pdf](http://sitemaker.umich.edu/drwcasebook/files/foster_and_elam_v_neilson.pdf)
51. *Medellin v Texas*, 552 U.S. 491 (2008), available at: <http://www.tjssl.edu/slomansonb/7.1%20Medellin%20Self-exec.pdf>
52. Z. Hladun “Medicine and Patients’ Rights” in *Medical Law* 1 (2008)
53. Office of the High Commissioner for Human Rights, “The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies”, available at: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>
54. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families of 18 December 1990, in force as of 1 July 2003 (in accordance with Article 87(1))

55. International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance of 20 December 2006, in force as of 23 December 2010 (in accordance with Article 39(1))
56. Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 10 December 2008, in force as of 5 May 2013 (in accordance with Article 18(1))
57. Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on communications procedure of 19 December 2011, in force as of 14 April 2014 (in accordance with Article 19(1))
58. Law of Ukraine “Fundamentals of the Legislation on Health Care in Ukraine” of 19 November 1992 (as of 2014), no. 2801-XII, VVR no. 4 (1993)
59. Civil Code of Ukraine of 16 January 2003 (as of 2015) no. 435-IV, VVR no. 40-44 (2004), Articles 283 – 286
60. Administrative Code of Ukraine of 7 December 1984 (as of 2015) no. 8073-X, VVR no. 15 (1984), Articles 21, 42, 45, 46
61. Budget Code of Ukraine of 8 August 2010 (as of 2015) no. 2456-VI, VVR no. 50-51 (2010), Articles 87 – 90
62. Criminal Code of Ukraine of 5 April 2001 (as of 2015) no. 2341-III, VVR no. 25-26 (2001), Articles 130 – 134, 138 – 144
63. Labour Code of Ukraine of 10 December 1971 (as of 2015) no. 322-VIII, VVR no. 50 (1971), Articles 50 – 84
64. Family Code of Ukraine of 10 January 2002 (as of 2014) no. 2947-III, VVR no. 21-22 (2002), Articles 22, 26
65. Law of Ukraine “On Ensuring Sanitary and Epidemic Safety of the Population” of 24 February 1994 (as of 2014) no. 4004-XI, VVR no. 27 (1994)
66. Law of Ukraine “On Protection of the Population Against Infectious Diseases” of 6 April 2000 (as of 2009) no. 1645-III, VVR no. 29 (2000), Article 15(2)
67. Law of Ukraine “On Environmental Protection” of 25 June 1995 (as of 2014) no. 1264-XXII, VVR no. 41 (1995)
68. Patient Protection and Affordable Care Act, 21 U.S.C.A. para 343-1(a) (2013)
69. Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris, 20 March 1952
70. Berislavskiy regional court of Kherson oblast, case no. 1-124/2010 of 12 July 2010, available at: <http://jurportal.org/writ/10495981>
71. Volin’ district administrative court, case no. 2A-18037/09/0370 of 03 July 2009, available at: <https://pravoscope.com/act-postanova-2a-18037-09-0370-valyux-v-m-02-07-2009-ne-viznachenno-s>



72. Joint Letter by the Ministry of Education of Ukraine and the Ministry of Health of Ukraine 1/9-500/040116/2103 of 29 September 2014, available via web-link at: [http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art\\_id=247644756](http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=247644756)
73. Associated Press, “Ukraine Kids at Risk From Low Vaccination Rates” (18 June 2013), available at: <http://healthlr.com/ukraine-kids-at-risk-from-low-vaccination-rates/>
74. *Carter v Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936), available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/298/238/case.html>
75. *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973), available at: <http://www.foxnews.com/projects/pdf/roevwade.pdf>
76. *Griswold v Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), available at: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/381/479>
77. *McFall v Shimp*, 10 Pa. D. & C. 3d 90 (1978), available at: [http://www.leagle.com/decision/197810010PaDampC3d90\\_189](http://www.leagle.com/decision/197810010PaDampC3d90_189)
78. *Washington v Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), available at: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/96-110.ZS.html>
79. *Washington v Harper*, 494 U.S. 210 (1990), available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/494/210/>
80. Erwin Alber “Vaccination in the USA” (26 July 2013), available at: <http://www.vaccinationinformationnetwork.com/vaccination-in-the-usa/>
81. M.R. Albert, *et al.* “The last smallpox epidemic in Boston and the vaccination controversy, 1901-1903”, *New England Journal of Medicine* (2001)
82. *Abeel v Clark*, 24 P 383 (California, 1890)
83. *Bissell v Davison*, 32 A 348 (Connecticut, 1894)
84. *German Alliance Ins Co v Hale*, 219 U.S. 307 (1911), available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/219/307/case.html>
85. *Doe v Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/179/case.html>
86. *Williams v State of Arkansas*, 217 U.S. 79 (1910), available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/217/79/case.html>
87. *Cruzan v Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990), available at: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/88-1503.ZS.html>
88. *Mills v Rogers*, 497 U.S. 291 (1982), available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/291/case.html>
89. *California Reduction Co v Sanitary Reduction Works*, 199 U.S. 306 (1905), available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/199/306/>

90. *Bates v City of Little Rock*, 361 U.S. 516 (1960), available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/361/516/case.html>
91. *Price v People of State of Illinois*, 238 U.S. 446 (1915), available at: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/US/238/238.US.446.274.html>
92. *Reynolds v McNichols*, 488 F2d 1378 (10<sup>th</sup> Cir., 1973), available at: <http://openjurist.org/488/f2d/1378/reynolds-v-mcnichols>
93. *City of New York v Antoinette R*, 630 NYS2d 8 (App Div., 1994), available at: <http://www.publichealthlaw.net/Reader/docs/AntoinetteR.pdf>
94. *Zucht v King*, 260 U.S. 174 (1922), available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/260/174/case.html>
95. *The Slaughter–House Cases*, 83 U.S. (1873), available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/83/36/case.html>
96. *State ex rel Conway v Southern Pac Co*, 145 P2d 530 (Washington, 1943), available at: [http://www.leagle.com/decision/19451086325US761\\_11048.xml/SOUTHERN%20PACIFIC%20CO.%20v.%20ARIZONA%20EX%20REL.%20SULLIVAN](http://www.leagle.com/decision/19451086325US761_11048.xml/SOUTHERN%20PACIFIC%20CO.%20v.%20ARIZONA%20EX%20REL.%20SULLIVAN)
97. *Boone v Boozman*, 217 F Supp 2d 938 (ED Arkansas, 2000), available at: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/217/938/2484794/>
98. *Planned Parenthood of Southern Pa v Casey*, 505 U.S. 833 (1992), available at: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/91-744.ZS.html>
99. *Blue v Beach*, 56 NE 89 (Indiana, 1990)
100. *Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia*, 22 November 2010, available at: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99221#{\"itemid\":\[\"001-99221\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99221#{\)

*Здоров'я відіграє фундаментальну роль у житті людини, дозволяючи їй активну участь у різних видах приватної і публічної діяльності, а також підтримує стійкість людських спільнот, з яких складається успішне суспільство. Підтримка громадського здоров'я у сучасному суспільстві вимагає загальних зусиль, де планування та виконання довірені органам публічної влади у сфері охорони здоров'я. Належне правове регулювання діяльності в галузі охорони громадського здоров'я передбачає ретельне дотримання рівноваги при розподілі відповідних прав та обов'язків, а також справедливе і добросовісне забезпечення їх реалізації. З цієї причини теорія і практика надає державі достатньо широке коло повноважень для обмеження прав окремих осіб задля забезпечення виживання та добробуту суспільства. Ці «поліцейські повноваження» повинні забезпечити чесний і справедливий розподіл*

*передбачуваних обтяжень і переваг, створюючи рівновагу між відповідними правами та обов'язками всіх зацікавлених сторін. На жаль, це висока мета, яку не завжди вдається досягнути.*

*Аналіз, представлений у цій статті, звертає увагу на істотні відмінності та недоліки у правовому регулюванні охорони громадського здоров'я стосовно вакцинації в Україні та у Сполучених Штатах Америки. У цьому дослідженні на прикладі правовідносин щодо вакцинації наочно демонструється юридична колізія між вимогами щодо охорони громадського здоров'я й реалізацією законодавчо закріплених прав людини та її основних свобод. Порівняльний аналіз різних правових систем, яким відома ця проблема, дає змогу визначити можливі стратегії реформування та напрямки подальших наукових досліджень у сфері охорони громадського здоров'я.*

**Ключові слова:** громадське здоров'я, права людини, поліцейські повноваження, примус, волюнтаризм, соціальна справедливість.

*Здоровье играет фундаментальную роль в жизни человека, позволяя активно участвовать в различных частных и публичных видах деятельности, а также поддерживает устойчивые человеческие сообщества, составляющие успешное общество. Поддержание общественного здоровья в современном обществе требует общих усилий, где планирование и исполнение доверены органам публичной власти в сфере здравоохранения. Правовое регулирование деятельности в области общественного здравоохранения предполагает тщательное соблюдение равновесия при распределении соответствующих прав и обязанностей, а также справедливое и добросовестное обеспечение их реализации. По этой причине теория и практика предоставляет государству достаточно широкий круг полномочий для ограничения прав отдельных лиц в целях обеспечения выживания и благосостояния общества. Эти «полицейские полномочия» должны обеспечить честное и справедливое распределение предполагаемых обременений и преимуществ, создавая равновесие между соответствующими правами и обязанностями всех заинтересованных сторон. К сожалению, это высокая цель, которую не всегда удаётся достичь.*

*Анализ, представленный в данной статье, обращает внимание на существенные различия и недостатки в правовом регулировании общественного здравоохранения касательно вакцинации в Украине и в Соединённых Штатах Америки. В этом исследовании на примере правоотношений, связанных с вакцинацией, наглядно демонстрируется юридическая коллизия между требованиями по охране общественного здоровья*

и реализацией законодательно закреплённых прав человека и основных свобод. Сравнительный анализ различных правовых систем, которым известна эта проблема, дает возможность определить стратегии реформирования и направления дальнейших научных исследований в области общественного здравоохранения.

**Ключевые слова:** общественное здоровье, права человека, полицейские полномочия, принуждение, волюнтаризм, справедливость.

*Health plays a fundamental role in the life of an individual enabling one's active participation in various private and public activities as well as maintains a stable community as part of a successful society. Public health maintenance in a modern society requires common efforts, with planning and implementation entrusted to the government and its public health authorities. Proper legal regulation of public health efforts requires careful balancing in assigning corresponding rights and duties, as well as their just and fair enforcement. For this reason, theory and practice grants states quite a wide range of powers to restrict the rights of individuals for the ensured continuation and wellbeing of the society. These 'police powers' ought to ensure a fair and just distribution of the foreseeable burdens and benefits by skilfully balancing the relevant rights and duties of every stakeholder that is a difficult task to achieve.*

*Analysis offered in this paper demonstrates the relevant differences in and limitations of legal regulation of public health activities with respect to vaccination efforts in Ukraine and the United States of America. The use of vaccination as a case-study provides a clear example of a legal collision between the public health requirements and the enjoyment of enshrined human rights and fundamental freedoms. A comparative analysis of different legal systems suffering from the same legal issue offers an opportunity to identify possible reform strategies and highlights further research paths in the area of public health law.*

**Key words:** public health, human rights, police powers, coercion, voluntarism, social justice.

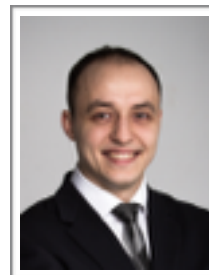
## ДЕЯКІ ОСНОВИ ПОНЯТТЯ “ГІБРИДНА ВІЙНА” В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ

**Власюк Віталій Вікторович**

*аспірант кафедри міжнародного права*

*Інституту міжнародних відносин*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*



**Карман Ярослава Вікторівна**

*студент 2 курсу магістратури*

*спеціальність “міжнародне право”*

*Інституту міжнародних відносин*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*



**Проблема дослідження.** Сучасний стан міжнародного миру під впливом неупинного росту інноваційних технологій, розвитку та гальмування економік різних суб'єктів міжнародного права, укріплення апаратів передачі інформаційних даних та інших новітніх засобів, підривається внаслідок виявлення нового явища «гібридної війни». Проблема виникає в тому, як можна визначити місце гібридної війни в міжнародному праві, надто з урахуванням чинного права на війну і права війни. Усвідомлення наявності нового порогу небезпеки піднімає рівень оборони сторони, на яку звернено дані засоби.

Дослідження охоплює розкриття поняття «гібридна війна» в контексті міжнародного права та повинно здійснюватися в нерозривному зв'язку з реаліями ведення війни, що виходять за межі конвенційно-закріплених стандартів та правил.

**Актуальність дослідження** полягає в тому, що виділення цього нового поняття «гібридна війна» та внесення в міжнародне право стало прерогативою не тільки наукового дослідження, а й обов'язковою ланкою роботи державного апарату в галузі захисту безпеки всіх сфер держави та підтримання безпеки. Для України, на жаль, шукане поняття становить життєво важливу актуальність, що зумовлює важливість його дослідження.

Аналізуючи ступінь наукової розробки дослідження проблеми, треба підкреслити, що загалом науці міжнародного права бракує розуміння поняття “гібридна війна”. Важливі публікації з цієї теми були зроблені такими

науковцями, як П.Мансур, Френк Г. Хоффман, Майкл Айшервуд, Шейн Рівс, Роберт Барнсбі, Ю.Климчук, А. Демидов, Л. Савін, В. Власюк та інші.

Поряд з асиметричними конфліктами та неконвенційними війнами (ситуації, коли явні бойові дії не ведуться), стоїть також поняття «гібридні війни», які зараз все частіше використовуються [1].

Автором цієї концепції є Френк Г. Хоффман, колишній офіцер морської піхоти, науковий співробітник міністерства оборони США. Це великий теоретик в галузі збройних конфліктів та військово-політичної стратегії.

Хоффман зазначає, що конфлікти будуть мультимодальними (тобто такими, що ведуться різними способами) та багатоваріантними, що не входять в межі простої конструкції ведення збройного конфлікту чи війни. За Хоффманом майбутні загрози можуть в більшій мірі бути охарактеризованими як гібридне співвідношення традиційних та нерегулярних стратегій і тактик, це децентралізоване планування та виконання, участь недержавних акторів з використанням одночасно простих та складних технологій[1].

Гібридні загрози включають в себе коло різних режимів ведення війни, що відноситься до себе стандартне озброєння, нерегулярні тактики і формування, терористичні акти (в тому числі і насилля та примус) і кримінальний безлад[2].

Гібридні війни також можуть бути мультивузлові (тобто такі, що проводяться і державами, і різноманітними недержавними акторами). Ці мультимодальні/мультивузлові дії проводяться або різноманітними підрозділами, або ж одними і тими самими державними органами чи групами [1].

У таких конфліктах противники (держави; групи, що фінансуються державами, або суб'єкти, які самі фінансують свою діяльність) будуть мати доступ до сучасного воєнного потенціалу, що включає зашифровані командні системи, переносні ракети класу «земля-повітря» та інші сучасні смертоносні системи; а також – підтримувати організації затяжних партизанських дій, в яких застосовуються засідки, саморобні вибухові пристрої та вбивства[1].

Тут можливе поєднання високотехнологічних можливостей держав, таких, як протисупутникові засоби захисту від тероризму та фінансування кібервійни, тільки, як правило, оперативно та тактично направлені та скоординовані в рамках основних бойових дій для досягнення синергетичного ефекту в фізичному на психологічному вимірах конфлікту. Результати можуть бути отримані на всіх рівнях війни[3].

Потім Хоффман дає таке визначення поняттю «гібридна загроза» - це будь-який противник, який одночасно та адаптовано використовує співвідношення

звичайного озброєння, нерегулярну тактику, тероризм та злочинну поведінку в зоні бойових дій для досягнення своїх політичних цілей[2].

Майкл Айшервуд в монографії «Повітряна міць для гібридної війни», що видалася Інститутом Мітчелла Асоціації ВВС США в 2009 році, дає наступне трактування «гібридної війни» – це війна, що стирає різницю між чисто конвенційною та типово нерегулярною війною[3].

### **Розкриття змісту явища «гібридна війна» та види зброї**

На сьогоднішній час цей термін має три гілки. Гібридність може відноситися, перш за все, до військової ситуації та умовам; по-друге, до стратегії та тактики противника; по-третє, до типу сил, які держава повинна створювати та підтримувати [2].

Коли справа дійде до політичних цілей, гібридні війни, скоріш за все, матимуть вигляд нерегулярної війни, де її учасники робитимуть спроби та намагатимуться підірвати легітимність та авторитет керуючого режиму. Це вимагатиме від збройних сил держави допомоги, щоб закріпити здатність держави забезпечувати соціальні, економічні та політичні потреби свого народу[1].

Важливо відзначити, що гібридний контекст, про який зазначено, ніщо інше, як продукт глобалізації, що розмиває кордони традиційних норм та правил.

Гібридна війна відрізняється тим, що вона дозволяє противнику займатися декількома фазами в один і той самий час і висуває інший набір вимог для збройних сил[4].

Айшервуд також зазначає, що потенційно гібридну війну сьогодні можуть вести багато конфліктуючих держав. Він пояснює, що складний характер гібридної війни вимагає від воєначальників та цивільних лідерів розуміння свого операційного оточення або відчуття бойового простору. Гібридний противник може приховуватися поміж цивільного населення, бути не схожим на типового ворога та використовувати «електронний притулок», створений глобальним телекомунікаційним ринком [3].

В такій війні використовують три види зброї :

1. Модельно організаційна – зброя, що ґрунтується на особових базах даних політиків, державних службовців, бізнесменів, псевдо - та ксеноліти країни противника. Ці бази збирають за допомогою різних міжнародних організацій, благодійних фондів, радників, політологів та інших підготовлених служб. У цих базах даних міститься інформація про рахунки з-за кордону, а також компрометуюча інформація. Основні бази даних використовуються для

заякування і розкладання політичної та державної еліти для формування кола підтримки та запобіганню супротиву.

2. Інформаційна зброя має таку класифікацію за ознаками:

- за якістю інформації;
- за носієм інформації;

За якістю інформаційна зброя класифікується:

- Концептуальна-методологічна – це формування глобальної політики, що спрямовується на різні народи з метою створення якогось конкретного спланованого виміру розвитку історичних подій.

- Хронологічна зброя – інформація хронологічного плану - є послідовність фактів на явищ. Дає можливість розглядати всі явища історичного процесу та прогнозувати вектори майбутньої політики.

- Факторологічна зброя – це ідеологія, релігія, технології. Саме ці види зброї дають можливість підпорядкувати собі противника

3. Матеріальна зброя поділяється на:

- економічну зброю – включає засоби економічної боротьби з дезорганізацією структур противника і подальше їх поглинання. Сюди входить контроль фінансово-кредитної системи країни та контрольна іншими економічними системами держави, борговими зобов'язаннями розподілом коштів, повернення фінансів в державу, прибутковість державного сектору в економіці, її частка.

- зброю геноциду – включає етнічний геноцид, наркотичний, алкогольний, інформаційно-економічний та інший;

- звичайна зброя фізичного знищення [3].

#### **100.2. Збройні конфлікти сучасного типу.**

Науковці, які працюють в дослідженнях майбутнього збройних конфліктів занадто часто не можуть зупинитися на однаковому трактуванні розвитку взагалі поняття «збройний конфлікт» Вчені посиляючись на асиметричність війни, яка найчастіше відбувається між двома нерівними противниками, де слабший використовує стандартні методи війни, а сильніший залучає все більше і більше побічних методів, які руйнують державу з середини [5].

Найчастіше з боку сильнішої сторони виступає держава, яка зацікавлена в конфлікті та плюс/або ідеологічні недержавні збройні угруповання чи групи бойовиків, такі конфлікти часто називають «не міжнародні збройні конфлікти», «тероризм», або « партизанська війна», сьогодні основними засобами поряд зі зброєю виступають домінуючі ресурси та інтелектуальний капітал[1].



Нездатність визнати цю нову віху у війнах має потенційно руйнівні наслідки для тих держав, які можуть бути задіяні в майбутніх збройних конфліктах[2].

Нація, яка не в змозі, або ж яка не бажає сприймати новий «гібридний» вид війни, буде комфортно і далі розробляти плани в межах застарілої та черстої воєнної ідеї минулого століття, опускаючи можливість досвіду в асиметричних конфліктах. Так само і притримуючись статусу кво та застарілих тактик ведення війни, держави роблять помилкові кроки в бік розподілу державного бюджету, відкидаючи розробки нової воєнної доктрини та переробки інноваційних технологій[ 2].

Цей нераціональний розподіл державних ресурсів призводить до того, що збройні сили держави сліпі стосовно виникнення такого явища, як «гібридна війна» - сучасна війна. Таким чином, в той час, коли такі держави повністю готові до ведення війни «минулого століття» вони повністю безсилі до нових задач гібридного конфлікту.

### **Гібридна війна та право збройних конфліктів.**

Право збройних конфліктів синонімом якого є міжнародне гуманітарне право або право війни – є значною частиною всього міжнародного права, яка регулює та контролює дії сторін, які беруть участь в конфлікті. Воно складається як з договірних, так і з звичаєвих норм. Це право є основним правом, що обов’язкове для всіх учасників збройного конфлікту[6].

Основною метою, а також гуманітарним та функціональним значенням права збройних конфліктів є те, що це право гарантує захист для тих, хто постраждав від війни, чи то цивільні, військовополонені, чи поранені та хворі, стосовно яких визначатиметься, чи були застосовані допустимі міри ведення війни та не використовувалися заборонені засоби[5].

Ця спеціалізована галузь права, яка визначає як державні, так і індивідуальні зобов’язання, обмежує вплив війни, та встановлює чіткі правила її ведення, у випадку порушення яких, можна буде застосувати міжнародно-правові санкції або переслідування військових злочинців[5].

На сьогодні є велика кількість міжнародних договорів та звичаєвих норм, які регулюють питання війни – як її початку, так правил її ведення. Їм приділяють значущої ролі, але як виявилось, ці норми не здатні регулювати правові питання, що виникають в сучасних війнах.

Гібридизація війни тільки поглиблює ці вже складніші проблеми і може призвести до того, що право збройних конфліктів не матиме значення та не буде спроможне вирішити правові питання сучасної гібридної війни, припускаючи те, що в такій ситуації не буде правового контролю та захисту сторін [7].

Якщо тенденція до розвитку права збройних конфліктів як чогось застарілого та неактуального буде продовжуватися, учасники збройних конфліктів, а також і все міжнародне співтовариство, почне розглядати міжнародне право в якості більш анахронізму, ніж правового імперативу[1].

Якщо авторитет права буде зменшено, традиційні правові заборони будуть безкарно порушуватися і тільки певні поняття моралі зможуть якось обмежити дії під час війни. Державні та недержавні противники будуть вважати, що дотримання таких давніх правових норм містять значні недоліки і вже не можуть регулювати їх дії. Наслідком чого, сторони в конфлікті будуть ігнорувати зобов'язання, що входять в право збройних конфліктів, та приписуватимуть титули своїм діям як самооборона чи проводитимуть маніпуляції зі самим змістом права збройних конфліктів шляхом стратегічного застосування «lawfare» (асиметрична, гібридна війна)[6].

Термін «асиметрична війна» позначив стратегічне використання законів та права збройних конфліктів як засіб ведення війни, цей термін швидко ввівся в міжнародно-правову лексику останніх років.

Як учені, так і практики знають про здатність різних груп підірвати силу держав з традиційними методами ведення війни шляхом агресивного використання не прописаних в угодах засобів, які кілька років назад не було й в природі і відповідь на які, на сьогодні, не передбачені ніде[7].

Асиметричну війну характеризує використання кібератак, засобів масової інформації, інтелектуальні права, інший можливий тиск, а також відповідно найголовніше – використання права в якості зброї для конфлікту.

Учасники конфлікту використовують два шляхи:

- Зловживання законом як засобом ведення війни, шукаючи прогалини та відсутність трактування понять;
- Спроби нівелювати договір як недійсний та неіснуючий взагалі для цієї сторони [7].

Наслідки таких дій є катастрофічними.

Якщо право зменшує свою важливість, сторони в конфлікті, скоріш за все, підкреслять військову ідею необхідністю робити такі речі на війна, щоб повністю підкорити противника, і упускатимуть взагалі потребу компенсаційних зобов'язань з попередження страждань та захисту цивільного населення [2].

З ідеєю необхідності ставати воєнно-першою державою, виникає погіршення правових стимулів діяти гуманно та враховувати тонку межу між необхідністю та людяністю, про що і зазначає право збройних конфліктів. Це

право залишає за собою можливість гуманно вчиняти стосовно законних комбатантів, включає також в себе комплексні заходи захисту тих, хто постраждав внаслідок конфлікту, дозволяє створити умови, які утворюють рівновагу між необхідністю війни та гуманністю[6].

Тим не менш, зі збільшенням акцентів на військовій необхідності та зниження правових стимулів діяти гуманно, навіть мінімальна базова поведінка конфліктуючими сторонами стає відносною.

Таким чином, сучасна війна характеризується високим рівнем жорстокості, що нівелює всі історичні спроби дійти до такого явища як «гуманізація» війни.

### **Висновки**

Отже, розглянувши поняття «гібридна війна», можна дійти висновку, що воно означає сучасний вид війни, де в конфлікті використовуються різноманітні засоби нападу та оборони держав, що виходять за рамки конвенційно-визначених варіантів та видів ведення війни. Науковці вже виділяють перелік можливої реальної зброї, що може використовуватися сторонами. Під термін зброя, в цьому випадку, підпадають не тільки матеріальні традиційні види зброї, а й модельно-організаційна та інформаційна види зброї.

Сучасне міжнародне право не включає в себе поняття «гібридна війна», що в свою чергу приводить до відповідних наслідків. Відсутність регулювання цього нововиявленого явища призводить до виникнення все нових засобів атаки у війнах, відповідальність за які не можуть понести винуватці через відсутність норм, які зобов'язують сторін.

Право збройних конфліктів було розроблене спільними діями міжнародної спільноти, яка змогла врегулювати найгостріші питання. На сьогодні ж з'явився новий виклик – гібридна війна.

Для того щоб попередити можливості підризу зусиль, що були спрямовані на гуманізацію війни, міжнародне співтовариство повинно визнати, що питання про ефективність та практичність права збройних конфліктів повинна розширюватися по мірі розвитку нового «гібридного» виду війни.

Ігнорування цієї тенденції робить сучасні правові зусилля неієвими, неефективними засобами регулювання сучасних збройних конфліктів, що продовжує підривати довіру до права збройних конфліктів. Замість продовження застарілої практики, міжнародне співтовариство повинно підштовхнути до доповнення та включення в право збройних конфліктів поняття гібридна війна та зброя.

Чи через міжнародний договір, чи формуванням нового міжнародного звичаю, міжнародна спільнота повинна оновити право збройних конфліктів

для вирішення різноманітних питань, як і створюються внаслідок гібридної війни та одночасно підкреслити, що комплексний гуманітарний захист, що надається згідно права збройних конфліктів, є недоторканим.

Окрім того, ті хто застосовують акти типу «асиметричної війни/зброї (lawfare)» повинні нести покарання, для уникнення їх зловживання правом. Якщо міжнародна спільнота здійснить ці позитивні дії, то відповідно можна знову підтверджувати примат міжнародного права навіть у складній гібридній війні.

### **Список використаних джерел:**

1. Major Shane R. Reeves, Major Robert E. Barnsby The New Griffin of War. Hybrid International Armed Conflicts // Academic journal article “Harvard International Review” 2013 . - Електронний ресурс / Режим доступу: <https://www.questia.com/library/journal/1G1-316203914/the-new-griffin-of-war-hybrid-international-armed>
2. The origins of the concept of a hybrid war. Electronic journal «The Bell» 28 Feb. 2015 - Електронний ресурс / Режим доступу: <http://www.thebellforum.com/showthread.php?t=130013>
3. Л. Савин. Гибридная война. / Информационно-аналитический портал Геополитика. 27 янв. 2015- Електронний ресурс / Режим доступу: <http://geopolitica.ru/article/gibridnaya-voyna#.VazC1qTtmko>
4. Демидов А.В. Управляемый хаос. Стратегия России № 5, май 2015 - Електронний ресурс / Режим доступу: [http://sr.fondedin.ru/new/fullnews.php?subaction=showfull&id=1430428108&archive=1430773984&start\\_from=&ucat=14&](http://sr.fondedin.ru/new/fullnews.php?subaction=showfull&id=1430428108&archive=1430773984&start_from=&ucat=14&)
5. Климчук Ю.В. Гибридная война как вид вооруженного конфликта. / Право 13. Международное право. - Електронний ресурс / Режим доступу: [http://www.rusnauka.com/34\\_NNM\\_2014/Pravo/13\\_179711.doc.htm](http://www.rusnauka.com/34_NNM_2014/Pravo/13_179711.doc.htm)
6. Interparliamentary Conference for the Common Foreign and Security Policy and the Common Security and Defence Policy//Andis Kudors. Hybrid War – A New Security Challenge for Europe. 4 – 6 March 2015.- Riga - Електронний ресурс / Режим доступу: <http://www.parleu2015.lv/files/cfsp-csdp/wg3-hybrid-war-background-notes-en.pdf>
7. Bachmann, Sascha-Dominik Oliver Vladimir and Gunneriusson, Hakan, Hybrid Wars: The 21st-Century’s New Threats to Global Peace and Security (September 16, 2014). Scientia Militaria, South African Journal of Military Studies,

Vol 43, No. 1, 2015, pp. 77 – 98 - Електронний ресурс / Режим доступу: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2506063](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2506063)

*Як це часто буває у правових відносинах, норми права, покликані їх врегульовувати, не встигають за змінами. Сучасна система безпеки, що склалася в міжнародному праві після 1945 року, на жаль нині неспроможна відповісти на загрозу, відому як “гібридна війна”. Власне, цей термін залишається неконвенційним, а відповідальність держав за розв’язання таких типів війн залишається в рамках чинного права війни. А цього замало. У цій статті авторами робиться спроба показати правову суть поняття “гібридна війна”, а також спрогнозувати деякі подальші зміни у міжнародному праві.*

**Ключові слова:** гібридна війна, асиметрична війна, безпека людини та безпека громадянина, міжнародне право, право збройних конфліктів.

*Как это часто бывает в правовых отношениях, нормы права, призванные их урегулировать, не успевают за изменениями. Современная система безопасности, которая сложилась в международном праве после 1945 года, к сожалению сейчас не может ответить на угрозу, известную как "гибридная война". Собственно, этот термин остается неконвенционным, а ответственность государств за решение таких типов войн остается в рамках действующего права войны. А этого мало. В этой статье авторами делается попытка показать правовую сущность понятия "гибридная война", а также спрогнозировать некоторые дальнейшие изменения в международном праве.*

**Ключевые слова:** гибридная война, асимметричная война, безопасность человека и безопасность гражданина, международное право, право вооруженных конфликтов.

*As it often happens in legal relations, rules of law, designed for their regulation, don't have time for changes. The modern security system which has established in international law since 1945, unfortunately can't react the threat known as "hybrid warfare". In fact, this term is non-conventional and responsibility of states for resolving such types of war conflicts remains within the current law of war. But this is not enough. In this article the authors attempts to show the legal nature of the term "hybrid warfare" and to predict some further changes in international law.*

**Keywords:** hybrid warfare, asymmetric warfare, human security and citizen security, international law, law of armed conflict.

*Рецензія*

*доктора юридичних наук, професора кафедри конституційного права  
Національного університету "Одеська юридична академія" Мішиної Н.В.  
на монографію Лотюк О.С. "Конституційні засади розвитку та  
функціонування громадянського суспільства в Україні"*

Вбачається, що розпочата нині реформа Конституції України приречена закріпити партнерство громадянського суспільства та держави, створити належні конституційно-правові механізми здійснення громадянського контролю над діяльністю органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб. Але, відповідні конституційні зміни потребують свого належного, актуального для умов сьогодення теоретико-методологічного обґрунтування. Не зважаючи на те, що про громадянське суспільство в Україні написано значну кількість різних робіт, проблеми конституційних основ розвитку та функціонування громадянського суспільства в трансформаційний період до нещодавна були мало дослідженими.

Ситуація в вітчизняній юридичній науці змінилася на краще після виходу нової монографії Ольги Лотюк «Конституційні засади розвитку та функціонування громадянського суспільства в Україні». У цій ґрунтовній науковій роботі змістовно розкриваються складні питання щодо сутності категорії «громадянське суспільство», аналізується розвиток політико-правової та конституційної вітчизняної й зарубіжної думки про громадянське суспільство, його місію та основи взаємодії з державою та державними органами. Важлива увага приділена питанням формування міжнародних стандартів розвитку громадянського суспільства та його інститутів, а також їх закріпленню в конституційному законодавстві. Не менш цікавим є й розділ, в якому йдеться про передумови становлення та розвитку громадянського суспільства, про основні етапи його генезису в Україні, а також про магістральні тренди розвитку громадянського суспільства в ХХІ ст. Заслуговує на увагу науковців, громадських діячів і всіх небайдужих до проблем громадянського суспільства й матеріал про функції та структуру громадянського суспільства, а також про конституційну правосуб'єктність інститутів громадянського суспільства, насамперед громадських організацій і інших NGO.

Монографічне дослідження О. Лотюк є першою комплексною монографією в якій громадянське суспільство розглядається не лише як соціогуманітарний феномен, а насамперед як предмет конституційно-правового регулювання. При цьому, вчена вірно, як на наш погляд, передає сучасну

конституційну парадигму громадянського суспільства. Держава має не «зарегульовувати» умови буття громадянського суспільства та його основних інститутів, а навпаки – створювати всі умови щоб громадянське суспільство було дієвим суб'єктом конституційного права, партнером і, водночас, соціальним контрагентом держави, провідником законних інтересів, конституційних прав і свобод людини.

Водночас, О. Лотюк у своїй монографії не перекреслює всі попередні напрацювання вчених-конституціоналістів, присвячені громадянському суспільству. У роботі аналізуються та систематизуються погляди на конституційну природу громадянського суспільства та його інститутів в Україні, обґрунтовані в роботах таких вчених, як Ю. Барабаш, А. Георгіца, В. Ковальчук, М. Козюбра, А. Колодій, А. Крусян, П. Любченко, О. Марцеляк, Н. Мяловицька, В. Нестерович, М. Оніщук, М. Орзіх, В. Погорілко, В. Речицький, М. Савчин, А. Селіванов, В. Серьогін, О. Скрипнюк, Ю. Тодика, В. Федоренко, В. Шаповал, Ю. Шемшученко і ін. Предметом окремих розділів роботи став і дискурс вченої з Г. Берченком щодо питань етимології та конституційного регулювання основ громадянського суспільства в Україні. Теоретичною основою цього дискурсу стала монографія останнього «Громадянське суспільство в Україні: конституційні аспекти» (2014 р.).

Не менш важливим сегментом джерельної бази наукової розвідки О. Лотюк стали і роботи з проблематики громадянського суспільства Х. Анхайера, Е. Арато, К. Гаджієва, А. фон Гайєк, М. Говарда, З. Голенкової, Л. Грудцини, Ю. Дмитрієва, М. Калдор, Дж. Кіна, Д. Коена, Д. Кола, О. Лейста, Н. Лумана, В. Любашица, О. Малька, Т. Матвєєвої, М. Матузова, В. Нерсисянца, Т. Парсонса, Л. Саламона, А. Селігмана, О. Сунгурова, Ф. Фукуяма, С. Хантінгтона, Д. Хелда, Д. Штюдемана,

Характерною ознакою дослідження О. Лотюк стали його серйозні історико-правові витоки. Їх вчена черпала з політико-правової спадщини та ідеї «громадівського суспільства», як спільноти вільних громадян, що живуть і творять в українських самоврядних громадах, оспівані в роботах М. Грушевського, С. Дністрянського, М. Драгоманова, М. Коркунова, С. Котляревського, П. Лодія, Г. Сковороди, І. Франка та ін. При цьому, О. Лотюк спів ставляє здобутки відомих українських мислителів і громадських діячів з ідеями і ідеалами щодо раціональної побудови відносин між людиною, громадянським суспільством і державою, які обґрунтовувалися у роботах таких відомих мислителів Європи і Америки, як Г.В.Ф. Гегель, Т. Гоббс, Дж.Локк, І.

Кант, К. Маркс, Ш. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо, А. де'Токвіль, А. Фергюссон, Л. фон. Штейн та ін.

Використання багатой джерельної бази у поєднанні з аналізом історичних і чинних актів вітчизняного та зарубіжного конституційного законодавства дозволило О. Лотюк сформуванню цілісної теорії конституційно-правових основ розвитку та функціонування громадянського суспільства в Україні, його взаємодії з державою в сфері захисту конституційних прав і свобод людини, утвердження демократії та верховенства права, а також обґрунтовано пропозиції щодо удосконалення положень Конституції та законів України про партнерство громадянського суспільства та його інститутів з Українською державою.

Цікавими і новими для науки конституційного права є результати аналізу витоків категорії «громадянське суспільство» в рецензованій монографії. На думку О. Лотюк, свого сучасного наповнення, а з часом і конституційного виміру, ідея розбудови і функціонування громадянського суспільства набула значно пізніше - в епоху Відродження, коли первинні інститути громадянського суспільства прорізали паростками соціальної самостійності наскрізь усю товщу феодальної формації Західної та Центральної Європи та, подолавши простір, отримали свій розвиток у Північноамериканських колоніях. Витоки цієї ідеї можна знайти в науковій спадщині таких мислителів, як Т. Аквінський, Ж. Боден, Т. Гоббс, Г. Гроцій, Дж. Локк, Н. Макіавеллі, Ж.-Ж. Руссо, Ш. Монтеск'є, А. Дайсі, Т. Пейн та інших.

Власне, вважає О. Лотюк, саме цими мислителями і вводиться в науковий обіг категорія «громадянське суспільство», яка з часом потрапляє в політичні практики та конституційну правотворчу й правозастосовну діяльність. На основі роботи сучасного французького вченого Д. Кола, О. Лотюк робить висновок, що категорія «*societas civilis*» була введена в науковий обіг Гілесем із Риму в 1277-1279 рр. і Л. Бруні в 1438 р. - мислителями середньовіччя, що здійснювали переклад «Політії» Аристотеля на латинську мову. Але свого сучасного значення ця категорія почала набувати після виходу роботи Т. Гоббса «*De cive*», що була перекладена на французьку мову під повною назвою «Філософські елементи громадянина – політичний трактат, в якому відкриваються основи громадянського суспільства (*societe civile*)», а також після виходу в 1761 р. першого видання роботи Ж.-Ж. Руссо «Про суспільний договір». Хоча, було б перебільшенням стверджувати, що Т. Гоббс і Ж.-Ж. Руссо чітко детермінували категорію «громадянське суспільство». Вони протиставляли громадянське суспільство т. з. «природному» стану людей і не рідко ототожнювали громадянське суспільство і державу за методом



застосування примусу до вільних індивідумів. У цьому сенсі для Т. Гоббса і Ж.-Ж. Руссо громадянське суспільство і держава були складовими єдиного явища – «політичного суспільства».

На погляд вченої, така термінологічна плутанина в поглядах Т. Гоббса, Ж.-Ж. Руссо і ін. не є випадковою. Вона відтворює дихотомічність походження громадянського суспільства та держави як доктрини і соціальної практики. Очевидно, вважає О. Лотюк, що сучасні уявлення про громадянське суспільство визріли тоді, коли чітко викристалізувалося розуміння категорії «держава» та її сутнісних ознак, коли держава пройшла свою еволюцію в Європі від відомої формули Людовика XIV «Держава – це я» - до створення Європейського Союзу й делегування частини державного суверенітету країнами-учасницями органам цього наднаціонального утворення.

При цьому, О. Лотюк вбачає, що сформовані мислителями епохи Відродження та Реформації уявлення про конституціоналізм невдовзі були витребувані під час буржуазно-демократичних революцій в Європі і війн за незалежність на Американському континенті. Ідеї ж конституціоналізму, як то обмеження абсолютної влади правителя, верховенство народного суверенітету, непорушність і невідчужуваність природних прав людини, подільність влади на законодавчу, виконавчу та судову, виборність і підконтрольність законодавчої влади та ін., втілилися в перших конституціях і конституційних актах, які юридично оформили перемогу революцій і національно-визвольних змагань та утвердили конституційні засади розвитку і функціонування громадянського суспільства, а також легітимні форми і методи його впливу на державу.

Узагальнення різних теоретико-методологічних підходів вітчизняних і зарубіжних науковців, а також аналіз історичних і сучасних актів чинного законодавства, дозволили О.С. Лотюк обґрунтувати, що конституційні основи громадянського суспільства є системою ідей, ідеалів, переконань і принципів про сутність і зміст громадянського суспільства, його мету, функції та призначення в суспільстві та державі, державотворчий і правотворчий потенціал, розвинених у доктрині конституціоналізму та комплексно унормованих у конституції та актах конституційного законодавства.

Цікавим є й розділ монографії О. Лотюк, присвячений історії становлення та розвитку конституційно-правових основ громадянського суспільства в Україні. Так, у роботі обґрунтовується, що генезис конституційних основ громадянського суспільства в Україні налічує дев'ять основних етапів: 1) (IX – XVII ст.ст.) – формування родоплемінної громадської спільноти, заснованої на засадах т.з. “вічевої демократії” за часів Київської Русі; 2) (XVII – поч. XX

ст.ст.) – утвердження самоврядних козацьких громад і закріплення конституційних основ їх розвитку та збереження в Конституції Пилипа Орлика 1710 р., розвиток українських громад під впливом державного права Австро-Угорщини, Німеччини, Польщі, Росії та Румунії; 3) (1917-1921 рр.) – закріплення плюралістичних основ розвитку громадянського суспільства у конституційних актах доби національно-визвольних змагань в Україні; 4) (1919-1991 рр.) – утвердження в колишньому СРСР радянської державно-партійної моделі корпоративної держави, в якій всі громадські спільноти були зрощеними із КПРС; 5) (1991-1996 рр.) - утвердженням в незалежній Україні прозахідного громадянського суспільства та закріпленням у Конституції України 1996 р. основ його розвитку та функціонування; 6) (1996-2004 рр.) – еволюційний розвиток громадянського суспільства та унормування конституційного статусу його інститутів у спеціальних законах; 7) (2004-2010 р.) – якісні трансформації громадянського суспільства та його інститутів під впливом Помаранчевої революції 2004 р., розвиток конституційного законодавства про інститути громадянського суспільства; 8) (2010-2013 рр.) – посилення регулятивного впливу держави на розвиток громадянського суспільства, формалізація залучення інститутів громадянського суспільства до участі в управлінні державними справами та затвердження авторитарного режиму В. Януковича; 9) (2013 р. – донині) характеризується пробудженням під впливом Євромайдану 2013 р. і Революції гідності 2014 р. громадянського суспільства та його інститутів, безпрецедентною активністю волонтерських і інших рухів, а також всебічним використанням їх потенціалу для допомоги Збройним Силам України, Національній гвардії у зоні проведення АТО, та вимушеним переселенням із тимчасово окупованої АР Крим і окремих районів Донецької та Луганської областей.

Вбачається, що ця ґрунтовна періодизація генезису конституційних основ громадянського суспільства в Україні невдовзі доповниться й новим етапом, визначальною ознакою якого стане посилення контролю громадянського суспільства і його інститутів за діяльністю органів державної влади і органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, а також забезпечення всебічної та, найголовніше, результативної участі громадськості в управлінні державними справами. Власне, О. Лотюк у своїй монографії не лише прогнозує такі трансформаційні процеси, а й робить крок щодо їх втілення в чинному законодавстві.

Сильною стороною рецензованої монографії, на нашу думку, є не лише її теоретико-методологічна серцевина, а й практично-прикладна складова. Йдеться

про проект Закону України «Про публічні консультації», розроблений О. Лотюк і наведений у додатках до її монографії. Потреба прийняття цього, на думку вченої, обумовлена необхідністю забезпечення відкритості та прозорості діяльності органів публічної влади, зокрема політичного та нормотворчого процесу; залучення громадськості та інших заінтересованих осіб на ранніх стадіях підготовки проектів рішень; підвищення якості та легітимності схвалюваних органами публічної влади рішень з урахуванням думки усіх зацікавлених суспільних груп.

У розробленому О. Лотюк законопроекті пропонується визначити порядок проведення публічних консультацій під час розробки та прийняття рішень органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування з метою врахування та узгодження позицій усіх зацікавлених суб'єктів. Так, законопроектом визначається сфера його дії, визначаються ключові терміни, принципи та форми проведення публічних консультацій, повноваження органів публічної влади та права і обов'язки зацікавлених суб'єктів, визначається порядок ініціювання, підготовки та проведення публічних консультацій, порядок прийому та розгляду пропозицій зацікавлених суб'єктів та їх врахування.

Окремо запропоновано унормувати особливості проведення окремих форм публічних консультацій, зокрема електронні консультації та проактивні публічні консультації. Крім того, законопроектом визначаються особливості проведення публічних консультацій з окремими органами публічної влади: з Президентом України, Верховною Радою України, між органами державної влади та органами місцевого самоврядування, а також особливості проведення публічних щодо проекту Закону України про Державний бюджет України та проектів регуляторних актів.

На наше переконання, монографічне дослідження О. Лотюк «Конституційні засади розвитку та функціонування громадянського суспільства в Україні» є цікавим, змістовним і корисним не лише для науковців-конституціоналістів, а й для представників громадянського суспільства та його інститутів, а також для органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, покликаних налагодити конструктивний діалог між державою та громадянським суспільством в інтересах утвердження та захисту прав і свобод громадян.

**Рецензія**

*доктора юридичних наук, доцента, головного консультанта  
Інституту законодавства Верховної Ради України Приходько Х.В.  
на монографію Васильченко О.П. "Принцип рівності прав і свобод людини і  
громадянина та його ціннісні виміри в конституційному праві України"*

Права людини та фундаментальні критерії визначення їх правової сутності, змісту та обсягу є завжди актуальними питаннями з точки зору дослідження їх онтологічних, гносеологічних, аксіологічних та інших сторін. Такими критеріями є насамперед принципи прав людини і громадянина. «Принципи» виступають ціннісною основою подальшого розвитку інституту прав людини. З одного боку, – є універсальними, що сприяють соціальній і правовій ідеалізації людини, нагадуючи при цьому про її природні властивості. З іншого – окреслюють межі її свободи відносно інших людей та виступають доволі прагматичною основою реалізації призначення людини в світі.

Проблема збереження природної «рівності», яка виступає предметом усе більшої повсякденної уваги та наукового розуміння, переосмислення, концептуалізації, набуває більш реалістичних характеристик у порівнянні з рівноправ'ям. «Рівність» і «рівноправ'я» - це онтологічні прояви «природи» та «людини». Їх гармонійне співіснування – це вічне питання. Наука – це один із способів його розв'язання.

Ідея створення паритетних умов функціонування *вільної* людини в умовах сучасного суспільства та її конституційне забезпечення є однією з тих, на втілення якої спрямована книга Оксани Васильченко «Принцип рівності прав і свобод людини і громадянина та його ціннісні виміри в конституційному праві України» (м. Київ, 2015 рік).

У рецензованій праці пропонується авторське бачення онтологічних форм прояву «рівності» в житті людини та невід'ємній його стороні – правовій сфері. Зокрема, на основі висвітлення теологічних, філософських, політико-правових концепцій «рівності», автор книги робить висновок, що «принцип рівності прав і свобод людини і громадянина – це універсальний правовий принцип, який ґрунтується на ідеях свободи, демократизму, гуманізму, справедливості, знайшов своє визнання і нормативне закріплення в міжнародному праві і на національному рівні багатьох країн, є основоположним принципом правового статусу людини і громадянина і, таким чином, визначає взаємовідносини особи з державою та суспільством, встановлює рівність прав і свобод людини і громадянина та рівність всіх перед законом, виключаючи будь-які привілеї для

одних громадян чи обмеження в правах для інших і не допускаючи преференцій у сфері прав і свобод людини і громадянина для будь-яких груп чи соціальних категорій населення» (стор. 131). Виходячи з положень монографії, де висвітлюються морально-етичні аспекти переважно онтологічної рівності з позиції теологічного підходу, наприклад, на сторінках 28-40, категорія рівності виступає концептом щодо інших характеристик людини як природної сутності (істоти). Оскільки інші «легкі» категорії, які «вальсують» на сторінках книги – «свобода» та «справедливість», вже набувають більш суб'єктивних оціночних характеристик і стають «абсолютними» та/або «відносними» (стор. 57-79).

Подальша формалізація автором книги цих ключових категорій – *рівності*, *свободи* та *справедливості*, які в ході дослідження стають фактично предметом співвіднесення та детермінації в системі аксіологічних координат сучасної людини, є складовою кульмінації наукового пошуку оптимальних правових онтологічних форм «рівності» в ході парадигмальних змін національного конституційного права, представлених трикутником «рівноправ'я ← рівність → правова рівність», що складає каркас сучасного принципу рівності прав і свобод. Якщо рівність – це категорія морально-етичного порядку, то завдяки її правовим аналогам вона набуває життя в прагматичній площині. У цьому сенсі представлена робота має як теоретико-методологічну, так і прикладну значущість.

З точки зору подальшого розвитку доктрини та практики прав людини в оновленій концепції сучасного конституційного права, пропонується робота віддзеркалює тенденцію його універсалізації, гуманізації, соціалізації, процесуалізації та інші. Вже в назві роботи рівність як принцип позиціонується як аксіологічна основа подальшої конституціоналізації буття людини, організаційних форм її консолідації. Принцип рівності виступає вихідною в системоутворюючому процесі становлення та утвердження демократичного правового статусу особистості в Україні. З позиції конституціоналізму цей принцип є фундаментальним з огляду на те, що забезпечує зв'язок між природним походженням і соціальним буттям людини, створюючи при цьому умови для реалізації призначення людини в світі серед інших людей. З цього приводу цілком обґрунтованим є положення автора щодо принципу правової рівності на сторінці 137, зокрема, про «рівність прав і свобод людини і громадянина через рівність їх обов'язків», а також гендерну рівність (стор. 143-146), що, по суті, створює умови для *взаємної свободи* та *відносної справедливості* (курсив – Авт.).

Враховуючи тенденції інтернаціоналізації конституційного права (його глобалізацію) та самоорганізації людей (його муніципалізацію) як форму забезпечення індивідуальних та колективних інтересів і потреб, відзначимо авторський доробок щодо обґрунтування підсилення конституційно-правових гарантій принципу рівності прав і свобод іноземців та осіб без громадянства (стор. 318-361), а також виявлення основних напрямів забезпечення принципу рівності прав національних меншин (стор. 423, 424).

Втілення ідеї рівності в концепції новітніх конституційних змін є неможливим поза процесуалізацією дослідження, що здійснена автором через обґрунтування конституційно-правового механізму забезпечення принципу рівності прав і свобод людини і громадянина в Україні. Його визначено як «встановлену Конституцією та законами України, взяту в єдності, внутрішньоврегульовану сукупність правових гарантій нормативного та інституційного характеру, які здійснюють правовий вплив на суспільні відносини щодо правомірної реалізації, охорони та захисту рівноправ'я в Україні».

Отже, викладене вище відтворює логіку та структуру рецензованої праці; сприяє упорядкуванню та оновленню пріоритетів сучасного людського розвитку; поєднує традиційні підходи праворозуміння з утвердженням первинного призначення конституційного права як гарантії природних прав людини. Зважаючи на філософський сенс центральної категорії, яка стала предметом уваги автора – «рівність», а також її первинну схоластичну спрямованість, важко застосовувати оціночні критерії при характеристиці в певному сенсі абсолютних категорій. І незмінним залишається питання, яке доцільно, мабуть, сформулювати як епілог. Воно риторичного змісту: що в основі рівності є абсолютним, а що відносним і залежатиме від багатьох факторів, зокрема суб'єктивних. Здається, що відповідь приховується у визначенні *обґрунтованості* та *забезпеченості достатнього мінімуму*, *необхідного для відчуття соціальної рівноваги*.

Зауважимо також на тому, що робота, фактично, ґрунтується на аксіологічному підході дослідження конституційно-правових явищ, що є малодослідженим з позиції методології науки конституційного права, водночас, вбачається нами перспективним і необхідним в ході реалізації суспільством своєрідного тесту щодо оновлення та утвердження його ціннісних установок; вихідних подальшого конституційного розвитку.

Підсумовуючи, слід зазначити, що опублікована книга буде корисною в ході ознайомлення та вивчення конституційної аксіології – сфери учень і знань,

насамперед, про основи конституції та конституціоналізм, а також принципи конституційного права. Опанування теорії прав людини та концепції верховенства права також потребує осмислення та розуміння кожної з категорій, які виступають їх методологічним фундаментом. Зокрема, категорій рівності, рівноправності, правової рівності тощо. Комплексний підхід, застосований автором книги О.П. Васильченко, сприятиме формуванню у читача перспективного бачення на традиційні поняття та знання про конституційне право, його принципи та філософію подальшого розвитку в світогляді сучасної людини.

Над випуском працювали:

Відповідальний секретар:  
Олександр Москалюк

Комп'ютерна верстка:  
Павло Залізняк

Дизайн обкладинки:  
Інна Бондаренко

На обкладинці використано фото Прес-центру  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка